Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung

Handbuch

Bearbeitet von
Klaus Michael Groll, Dr. Anton Steiner, Stefan Edenfeld, Thomas Endemann, Antje Esser, Wolfgang Grieger, Paul Grötsch, Prof. Dr. Dr. h.c. Peter Kindler, Robert D. Morgen, Susanne Nienaber, Matthias Rösler, Gerhard Ruby, Prof. Dr. Andreas Spickhoff, Klaus Stein, Constanze Trilsch, Prof. Dr. Karlheinz Muscheler

4., überarbeitete Auflage 2015. Buch. 2573 S. Gebunden
ISBN 978 3 504 18063 8
Format (B x L): 16 x 24 cm
Gewicht: 1895 g

Recht > Zivilrecht > Erbrecht

schnell und portofrei erhältlich bei

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

VI. Der Pflichtteil

Schrifttum: *Apfelbacher*, Ehebedingte Zuwendungen und Ehegatteneigenheimgesellschaften – Möglichkeiten zur Beeinträchtigung von Pflichtteilsansprüchen durch vorweggenommene Erbfolge unter Ehegatten, 1993; *Baumann*, Die Pflichtteilsbeschränkung „in guter Absicht", ZEV 1996, 121; *Bartsch*, Sind der Auskunft über den tatsächlichen Nachlass nach § 2314 Abs. 1 BGB Belege beizufügen, ZEV 2004, 176; *Bartsch*, Hinweise zur Stufenklage für die Praxis, Der Fachanwalt für Erbrecht 2005, 3; *Becker/Horn*, Inwieweit sind die Kosten der Errichtung des Nachlassverzeichnisses als pflichtteilsrelevante Passiva zu berücksichtigen, ZEV 2007, 62; *Bengel*, Die gerichtliche Kontrolle von Pflichtteilsverzichten, ZEV 2006, 192; *Bestelmeyer*, Das Pflichtteilsrecht der entfernteren Abkömmlinge und Eltern des Erblassers im Anwendungsbereich des § 2309 BGB, FamRZ 1997, 1124; *Bestelmeyer*, Das Pflichtteilsrecht im Schenkungszeitpunkt als Voraussetzung für den Pflichtteilsergänzungsanspruch, FamRZ 1998, 1152; *Bestelmeyer*, Zur Anwendbarkeit des § 2306 Abs. 2 BGB bei angeordneter aufschiebend bedingter oder auflösend bedingter Nacherbfolge, RPfleger 2007, 1; *Bißmeier*, Zur Grundstücksbewertung im Pflichtteilsrecht, ZMR 1995, 107; *Bonefeld*, Das Einzelkonto im Erbrecht, ZErb 2003, 369; *Bonefeld*, Praxistipps zum Zugewinnausgleich und Pflichtteil I, II, ZErb 2002, 154, 189; *Bonefeld/Kroiß/Tanck*, Erbprozess. 2. Auflage 2005; *Boujong*, Abfindungsklauseln nach dem Tod des Gesellschafters einer OHG und Pflichtteilsergänzungsansprüche, FS Ulmer, 2003, S. 41 ff.; *Brambring*, Abschied von der „ehebedingten Zuwendung" außerhalb des Scheidungsfalls und neue Lösungswege, ZEV 1996, 248; *Brambring*, Abschied oder kein Abschied von der ehebedingten Zuwendung?, ZEV 1997, 7; *Bratke*, Gesellschaftsvertragliche Abfindungsklauseln und Pflichtteilsansprüche, ZEV 2000, 16; *Braun*, Form, Inhalt und Verfahren beim Nachlassverzeichnis gem. § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB, MittBayNot 2008, 351; *Cornelius*, Der Pflichtteilsergänzungsanspruch hinsichtlich der Übertragung von Grundstücken unter dem Vorbehalt von Rechten des Schenkers, 2004; *Cornelius*, Zuwendungen an Stiftungen und Pflichtteilsergänzung, ZErb 2006, 230; *Daragan*, Ehegattenschenkung und Pflichtteilsergänzung, ZErb 2008, 2; *Daragan*, Grundstücksschenkung unter Nießbrauchsvorbehalt und Pflichtteilsergänzung, FS Damrau, 2007; *Dieckmann*, Zum Auskunfts- und Wertermittlungsanspruch des Pflichtteilsberechtigten, NJW 1988, 1809; *Dickhuth-Harrach/Rheinische Notarkammer*, Ärgernis Pflichtteil? Möglichkeiten der Pflichtteilsreduzierung im Überblick, Jubiläumsfestschrift des Rheinischen Notariats, 1998, 185; *Drosdzol*, Die Erbschaftsteuerreform: Die Bewertung des Grundvermögens, ZEV 2008, 10, 177; *Ebenroth/Koos*, Zum Beginn der Verjährung des Pflichtteilsanspruchs bei Irrtum über das Ausmaß der Beeinträchtigung aufgrund unrichtiger Testamentsauslegung, ZEV 1995, 233; *Egner*, Der Auskunftsanspruch des Pflichtteilsberechtigten, 2. Auflage 1995; *Elfring*, Die Lebensversicherung im Erbrecht, ZEV 2004, 305; *Feick*, Die Schenkung unter Auflage als alternative, pflichtteilsfeste Gestaltung zur (unzulässigen) dinglichen Weiterleitungsklausel, ZEV 2002, 85; *Fetsch*, Auslandsvermögen im internationalen Erbrecht – Testamente und Erbverträge, Erbschein und Ausschlagung bei Auslandsvermögen, Teil I und II, RNotZ 2006, 1, 77; *Fieser*, Die Mietwohnung des Erblassers, ZErb 2004, 348; *Flick/Piltz*, Der internationale Erbfall, 2. Auflage 2007; *Frenz*, Erbrechtliche Gestaltung und Unterhaltsansprüche, ZEV 1997, 450; *Führ*, Grundrechte und Testierfreiheit – „Preußen"-Beschluss und Pflichtteilsrecht, MittBayNot 2006, 461; *Gaier*, Die Bedeutung der Grundrechte für das Erbrecht, ZEV 2006, 2; *Gemmer*, Pflichtteilsergänzungsansprüche: Was Sie dazu wissen müssen, Erbrecht effektiv 2008, 134; *Gottwald*, Pflichtteilsrecht, 2000; *Großfeld*, Unternehmens- und Anteilsbewertung im Gesellschaftsrecht, 4. Auflage 2002; *Gruber*, Pflichtteilsrecht und Nachlassspaltung, ZEV 2001, 463; *Haas*, Ist das Pflichtteilsrecht verfassungswidrig?, ZEV 2000, 249; *Haas*, Ausgleich für die enttäuschte Erberwartung, ZEV

2002, 169; *Haas*, Letztwillige Schiedsverfügungen i.S. des § 1066 ZPO, ZEV 2007, 49; *Hartl*, Die unbenannte Zuwendung und ihre Drittwirkung in der Vertragsgestaltung, 2001; *Hayler*, Bestandskraft ehebedingter Zuwendungen im Bereich der Pflichtteilsergänzung (§§ 2325, 2329 BGB) – Vertragsgestaltung durch doppelten Güterstandswechsel, DNotZ 2000, 681; *Heinrich*, Die Gestaltung von Überlassungsverträgen im Schatten des Pflichtteilsergänzungsrechts, MittRhNotK 1995, 157; *Herrler*, Anlauf der Frist nach § 2325 Abs. 3 Halbs. 1 BGB bei Rückbehalt eines teilweisen Wohnungsrechts verbunden mit einem dinglich gesicherten Rückerwerbsrecht? ZEV 2008, 461; *Herzog*, Die Pflichtteilsentziehung – ein vernachlässigtes Institut, 2003; *Heuer*, Die Bewertung von Kunstgegenständen, NJW 2008, 689; *Hilbig*, Der Umfang des § 2325 BGB bei Lebensversicherungen, ZEV 2008, 262; *Hülsmann*, Abfindungsklauseln: Kontrollkriterien der Rechtsprechung, NJW 2002, 1673; *Ivo*, Der Verzicht auf erb- und familienrechtliche Positionen im Insolvenzrecht, ZErb 2003, 250; *Ivo*, Die Erbschaftsausschlagung zwecks Pflichtteilsgeltendmachung beim „Behindertentestament", ZErb 2004, 174; *Ivo*, Wie wird der Erb- bzw. Pflichtteilsverzicht unter Beteiligung eines betreuten Erblassers wirksam?, Erbrecht effektiv, 19; *Kapfer*, Gerichtliche Inhaltskontrolle von Erb- und Pflichtteilsverzichtsverträgen?, MittBayNot 2006, 385; *Kasper*, Anrechnung und Ausgleichung im Pflichtteilsrecht, 1999; *Keim*, Die unergiebige Pfändung des Pflichtteilsanspruchs, ZEV 1998, 127; *Keim*, Der stillschweigende Erbverzicht: sachgerechte Auslegung oder unzulässige Unterstellung, ZEV 2001, 1; *Keim*, Die vergessene Ausschlagung beim durch Vermächtnis entwerteten Erbteil, ZEV 2003, 358; *Keim*, Haftungsfallen bei Pflichtteilsstrafklauseln, NJW 2007, 974; *Keller*, Die Problematik des § 2306 BGB bei der Sondererbfolge in Anteile an Personengesellschaften, ZEV 2001, 297; *Kerscher/Riedel/Lenz*, Pflichtteilsrecht in der anwaltlichen Praxis, 3. Auflage 2002; *Kerscher/Tanck*, Zuwendungen an Kinder zur Existenzgründung: Die „Ausstattung" als ausgleichspflichtiger Vorempfang, ZEV 1997, 354; *Kleensang;* Familienerbrecht versus Testierfreiheit – Das Pflichtteilsentziehungsrecht auf dem Prüfstand des BVerfG, ZEV 2005, 277; *Kleensang*, Zur historischen Auslegung der Pflichtteilsentziehungsvorschriften des BGB, DNotZ 2005, 509; *Klingelhöffer*, Pflichtteilsrecht, 2. Auflage 2003; *Klingelhöffer*, Kollisionsrechtliche Probleme des Pflichtteils, ZEV 1996, 258; *Klingelhöfffer*, Zuwendungen unter Ehegatten und Erbrecht, NJW 1993, 1097; *Klingelhöffer*, Ehegattenpflichtteil und Zugewinnausgleich im Todesfall, ZEV 1995, 444; *Klingelhöffer*, Lebensversicherung und Pflichtteilsrecht, ZEV 1995, 180; *Klingelhöffer*, Die Stundung des Pflichtteilsanspruchs, ZEV 1998, 121; *Klingelhöffer*, Empfiehlt es sich, die rechtliche Ordnung finanzieller Solidarität zwischen Verwandten im Bereich des Pflichtteilsrechts neu zu gestalten?, ZEV 2002, 293; *Klingelhöffer*, Probleme der Darlegungs- und Beweislast im Erbrecht, ZEV 2007, 361; *Kornexl*, Die Schenkung an den Ehegatten in der Pflichtteilsergänzung: Teleologische Reduktion des § 2325 BGB bei Rückabwicklung, Rückschenkung und Weiterschenkung, ZEV 2003, 196; *Kornexl*, Nachlassplanung bei Problemkindern 2006; *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis 2006; *Krug*, Die Kaufkraftproblematik bei ausgleichungspflichtigen Vorempfängen in der Erbteilung, ZEV 2000, 41; *Kuchinke*, Die Klage des Pflichtteilsberechtigten gegen den Erben auf Auskunft und Leistung des Offenbarungseids, NJW 1957, 1175; *Kuchinke*, Der Pflichtteilsanspruch als Gegenstand des Gläubigerzugriffs, NJW 1994, 1769; *Kues*, Die Pflegevergütung naher Angehöriger, ZEV 2000, 434; *Kuhn*, Die Lebensversicherung im Erbrecht, ErbR 2006, 11; *Kuhn*, Übersicht zum Erbrecht, Pflichtteilsrecht und Erbschaftsteuerrecht der EU-Mitgliedsstaaten, BWNotZ 2006, 139 mit Ergänzung BWNotZ 2007, 27; *Kummer*, Klage des Pflichtteilsberechtigten auf Feststellung der Unwirksamkeit des Pflichtteilsentzugs, ZEV 2004, 274; *Lange*, Pflichtteilsrecht und Pflichtteilsentziehung – zugleich Anm. zu BVerfG – 1 BvR 1644/00 und 1 BvR 188/03, ZErb 2005, 205; *Lange/Kuchinke*, Lehrbuch des Erbrechts, 5. Auflage 2001; *Langenfeld*, Die Bestandskraft ehebedingter Zuwendungen im Verhältnis zu Vertragserben und Pflichtteilsberechtigten, ZEV 1994, 129; *Langenfeld*, Kein Abschied von der ehebedingten Zuwendung im Verhältnis zu den pflichtteilsberechtigten Abkömmlingen, ZEV 1997, 6; *Langenfeld*, Abgrenzung von ehebezogenen Zuwendungen und Leistungen in-

nerhalb einer Ehegatteninnengesellschaft, ZEV 2000, 14; *Lenz*, Die Geltendmachung von Pflichtteilsergänzungsansprüchen gegen den vom Erblasser Beschenkten, ZErb 2002, 4; *Link*, Nießbrauchsvorbehalt und Pflichtteilsergänzung, ZEV 2005, 283; *Link*, Zur (teilweisen) Unentgeltlichkeit von Übergabeverträgen im Rahmen vorweggenommener Erbfolge – Auslegungen im Zivilrecht und Steuerrecht, 2003; *Lipp*, Zuwendungen an den Partner zwischen Familien- und Erbrecht, FS Schwab, 2005; *Löhnig*, Die Verjährung der im fünften Buch des BGB geregelten Ansprüche, ZEV 2004, 267; *Lorz*, Latente Steuern und Pflichtteilsrecht, ZErb 2003, 302; *Ludyga*, Inhaltskontrolle von Pflichtteilsverzichtsverträgen 2008; *J. Mayer*, Wertermittlung des Pflichtteilsanspruchs: Von gemeinen, inneren und anderen Werten, ZEV 1994, 331; *J. Mayer*, Die Tücken von Pflichtteilsklauseln, MittBayNot 1999, 265; *J. Mayer*, Ausgewählte erbrechtliche Fragen des Vertrags zugunsten Dritter, DNotZ 2000, 905; *J. Mayer*, Nachträgliche Änderung von erbrechtlichen Anrechnungs- und Ausgleichungsbestimmungen, ZEV 1996, 441; *J. Mayer*, Erfasst der Pflichtteilsverzicht auch Pflichtteilsvermächtnisse?, ZEV 1995, 41; *J. Mayer*, Der beschränkte Pflichtteilsverzicht, ZEV 2000, 263; *J. Mayer*, Der Übergabevertrag, 2. Auflage 2001; *J. Mayer*, Pflichtteil und Ertragswertprivileg, MittBayNot 2004, 334; *J. Mayer*, Behindertentestament und Pflichtteilsstrafklauseln, MittBayNot 2005, 286; *J. Mayer*, Unliebsame Folgen des Pflichtteilsverzichts, ZEV 2007, 556; *J. Mayer*, Anrechnung und Ausgleichung im Erb- und Pflichtteilsrecht – eine Einführung anhand von Beispielsfällen, ZErb 2007, 130; *J. Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz*, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2003; *N. Mayer*, Fragen der Pflichtteilsergänzung bei vorweggenommener Erbfolge – Gestaltungsmöglichkeiten nach der neuesten Rechtsprechung, ZEV 1994, 325 und FamRZ 1994, 739; *U. Mayer.*, Erbteil oder Pflichtteil? Frist läuft, DNotZ 1996, 422; *U. Mayer*, Der Abfindungsausschluss im Gesellschaftsrecht: pflichtteilsfester Vermögenstransfer am Nachlass vorbei?, ZEV 2003, 355; *Meincke*, Zum Geltendmachen des Pflichtteils, ZErb 2004, 1; *Meincke*, Zum normativen Konzept der Nachlassbewertung im Pflichtteilsrecht, FS Wiedemann, 2002, S. 105 ff.; *Merkle*, Pflichtteilsrecht und Pflichtteilsverzicht im internationalen Erbrecht, 2008; *Meyding*, Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt und Pflichtteilsergänzungsanspruch, ZEV 1994, 202; *Mohr*, Ausgleichung und Anrechnung bei Schenkungen, ZEV 1999, 257; *Müller*, Bemessung von Leistung und Gegenleistung bei der Vermögensübergabe, Erbrecht effektiv 2008, 30; *Müller-Mann-Hehlgans*, Auskunftsansprüche von Pflichtteilsberechtigten, Erbrecht effektiv 2006, 4; *Münch*, Infiziert der Ehevertrag erbrechtliche Verzichte oder Verfügungen?, ZEV 2008, 571; *Muscheler*, Das Erbrecht des BGB: Vergangenheit und Zukunft, ErbR 2006, 34; *Muscheler*, Das Vor- und Nachvermächtnis, AcP 2008, 69; *Nieder*, Das notarielle Nachlassverzeichnis im Pflichtteilsrecht, ZErb 2004, 60; *Nieder/Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 3. Auflage 2008; *Nirk*, Die Bewertung von Aktien bei Pflichtteilsansprüchen, NJW 1962, 2185; *Ott-Eulberg*, Die Nachlasspflegschaft als taktisches Mittel zur Durchsetzung von Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüchen, ZErb 2000, 222; O*tt-Eulberg/Schebasta/Bartsch*, Erbrecht und Banken, 2. Auflage 2008; *Pawlytta*, Erbrechtliches Schiedsgericht und Pflichtteilsrecht, ZEV 2003, 89; *Pentz*, Pflichtteil bei Grundeigentum im Ausland – Ein Fall des ordre public, ZEV 1998, 449; *Pentz*, Auswirkungen des „entgeltlichen" Erbverzichts eines Abkömmlings auf Pflichtteilsansprüche anderer, NJW 1999, 1835; *Pentz*, Haftung des Beschenkten nach § 2329 BGB, MDR 1998, 132; *Pentz*, Berücksichtigung des Kaufkraftschwunds im Erbrecht? ZEV 1999, 167; *Pentz*, Nachehelicher Unterhalt trotz Pflichtteilsverzichts, FamRZ 1998, 1344; *Pentz*, Die Pflichtteilslast des Ersatzmannes nach § 2320 BGB, MDR 1998, 1391; *Pentz*, Unterbricht eine vor der Erbausschlagung erhobene Klage die Verjährung des Pflichtteilsanspruchs?, NJW 1966, 1647; *Pentz*, Pflichtteilsergänzung bei „gemischten" Schenkungen, FamRZ 1997, 724; *Pentz*, Pflichtteilsergänzung nur bei Pflichtteilsrecht auch im Schenkungszeitpunkt, MDR 1997, 717; *Piltz*, Die Unternehmensbewertung in der Rechtsprechung, 3. Auflage 1994; *Piltz*, Maßnahmen gegen den Verlust des Verlustübertrags im Erbfall, ZEV 2008, 376; *Piltz*, Unternehmensbewertung im neuen Erbschaftsteuerrecht, DStR 2008, 745; *Pluskat*, Zu den Konsequenzen aus der Rechtspre-

chung des BGH zum ergänzungsrelevanten Zeitpunkt bei § 2325 Abs. 1 BGB, ZErb 2005, 173; *Progl*, Die Reichweite des Pflichtteilsergänzungsanspruchs gemäß § 2325 BGB bei Lebensversicherungen, ZErb 2004, 187; *Progl*, Die Reichweite des Pflichtteilsergänzungsanspruchs gemäß § 2325 BGB bei Lebensversicherungszuwendungen und die Rechtsfiguren der mittelbaren Schenkung und der ehebedingten Zuwendung, ZErb 2008, 288; *Radke*, Verlangen, Erhalten oder Durchsetzen: Gestaltungsalternativen bei der Pflichtteilsklausel, ZEV 2001, 136; *Randt*, Das Vor- und Nachvermächtnis, BWNotZ 2001, 73; *Reiff*, Nießbrauch und Pflichtteilsergänzung, ZEV 1998, 241; *Reimann*, Testierfreiheit und Pflichtteilsrecht – Aspekte erbrechtlicher Gestaltung durch Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer, WPK-Mitt. 2000, 92; *Reimann*, Gesellschaftsvertragliche Abfindung und erbrechtlicher Ausgleich, ZEV 1994, 7; *Reimann*, Das Herausgabevermächtnis als Alternative zur Nacherbfolgeanordnung, MittBayNot 2002, 4; *Riedel*, Gesellschaftsvertragliche Nachfolgeregelungen – Auswirkungen auf Pflichtteil und Erbschaftsteuer, ZErb 2003, 212; *Riedel*, Die Bewertung von Gesellschaftsanteilen im Pflichtteilsrecht 2005; *Rißmann*, Darf es ein bisschen mehr sein? – Der Wertermittlungsanspruch des § 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB im Rahmen des ordentlichen Pflichtteilsanspruches, FS Damrau, 2007; *Roth*, Ausgewählte Einzelfragen zum notariellen Nachlassverzeichnis gem. § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB, ZErb 2007, 402; *Ruby*, Das klassische Urteil: Zur Verjährung im Pflichtteilsrecht, ZErb 2006, 86; *Sarres*, Auskunftspflichten zwischen Miterben über lebzeitige Zuwendungen gemäß § 2057 BGB, ZEV 2000, 349; *Sarres*, Auskunftsverlangen, Wertermittlung und Pflichtteilsverwirkungsklausel, ZEV 2004, 407; *Scharnbacher*, Nichtberücksichtigung ausgleichungspflichtiger Zuwendungen bei der Pflichtteilsergänzung – Rückkehr zu RGZ 77, 282, ZEV 1997, 349; *Scherer*, Die Nachlassbeteiligung von Abkömmlingen eines Enterbten, ZEV 1999, 41; *Scherer*, Die Bewertung von Kunstgegenständen, ZErb 2003, 69; *Scherer*, Münchener AnwaltsHandbuch Erbrecht, 2. Auflage 2007; *Schindler*, Probleme der Vererblichkeit der Unterhaltspflicht nach § 1586b Abs. 1 Satz 3 BGB, FamRZ 2004, 1527; *Schindler*, Ersatznacherbschaft und § 2306 Abs. 2 BGB, ZErb 2007, 381; *Schindler*, Eidesstattliche Versicherung im notariellen Nachlassbestandsverzeichnis? BWNotZ 2004, 73; *Schindler*, Doppelte Kenntnis bei der Verjährung des Ausgleichungspflichtteils (§ 2316 BGB), ZErb 2007, 327; *Schindler*, Lebensversicherung und Pflichtteilsergänzung, ZErb 2008, 331; *Schindler*, Zuwendungsarten bei der Ausgleichung unter Miterben nach § 2050 BGB, ZEV 2006, 389; *Schindler*, Lebzeitige Zuwendungen und Behindertentestament – zugleich ein Beitrag zur Anwendbarkeit der Werttheorie beim Bestehen von Pflichtteilsergänzungsansprüchen und zur Anwendung von § 2326 BGB, ZErb 2006, 186; *Schindler*, Fristlauf bei pflichtteilsergänzungsrechtlichen Schenkungen, ZEV 2005, 290; *Schindler*, Ergänzungspflichtteil nach Ausgleichung gemäß § 2326 BGB, ZEV 2005, 513; *Schlichting*, Bewertung von Aktien aus Anlass von Pflichtteilsansprüchen, ZEV 2006, 107; *Schlitt*, Der mit einem belasteten Erbteil und einem Vermächtnis bedachte Pflichtteilsberechtigte, ZEV 1998, 216; *Schlitt*, Der Umfang des Auskunftsanspruchs des Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsberechtigten gegenüber dem Erben wegen des Bankvermögens des Erblassers, ZEV 2007, 515; *Siebert*, So berechnen Sie die Ausgleichung richtig, Erbrecht effektiv 2008, 120; *Siebert*, Grenze und Schutzbereich des Pflichtteilsergänzungsanspruchs, NJW 2006, 2948; *Siebert*, Latente Steuerlast bei der Bemessung von Pflichtteilsansprüchen, Erbrecht effektiv 2006, 187; *Speckmann*, Der Erbverzicht als „Gegenleistung" in Abfindungsverträgen, NJW 1979, 117; *Specks*, Zur Zulässigkeit der Erbschaftsausschlagung unter einer Gegenwartsbedingung, ZEV 2007, 356; *Steiner*, Schiedsklauseln im Testament, ErbStB 2003, 304; *Steiner*, Testamentsgestaltung bei kollisionsrechtlicher Nachlassspaltung, 2001; *Stüber*, BVerfG zum Pflichtteilsrecht: Kein Beitrag zu mehr Klarheit, NJW 2005, 2122; *Sudhoff*, Die Ertragsteuern bei der Berechnung des Pflichtteilsanspruchs, NJW 1963, 421; *Sudhoff*, Unternehmensnachfolge, 5. Auflage 2005; *Süß*, Komplikationen wegen eines Hauses in Florida, ZErb 2004, 155; *Süß*, Erbrecht in Europa, 2. Auflage 2008; *Tanck*, Die Flucht in den Pflichtteilsergänzungsanspruch, ZErb 2000, 3; *Tanck*, Auswirkungen des Grundsatzes der Doppelberechtigung beim Pflichtteilsergänzungsanspruch

auf die Pflichtteilsquoten anderer Beteiligter, ZErb 2005, 2; *Tanck*, Keine Pflichtteilsreduzierung bei Kombination von Anrechnung und Ausgleichung?, ZErb 2003, 41; *Tanck*, Die Problematik des § 2306 Abs. 2 BGB und des § 1371 Abs. 2 Halbs. 2 BGB beim Behindertentestament, ZErb 2006, 177; *Theiss/Boger*, Möglichkeiten der Vorbeugung gegen Ansprüche aus §§ 2325, 2329 BGB wegen Abfindungen für Erb- bzw. Pflichtteilsverzichte, ZEV 2006, 143; *Tiedtke*, Die Voraussetzungen des Pflichtteilsergänzungsanspruchs, DNotZ 1998, 85; *Tremel*, Verkehrswertermittlung von Grundstücken, ZEV 2007, 365; *Van der Auwera*, Die Rechte des Pflichtteilsberechtigten im Rahmen seines Auskunftsanspruchs nach § 2314 BGB, ZEV 2008, 359; *Wachter*, Inhaltskontrolle von Pflichtteilsverzichtverträgen?, ZErb 2004, 238; *Wälzholz*, Reduzierung von Pflichtteilsansprüchen durch gesellschaftsrechtliche Gestaltungen, NWB 2008, 4329; *Wälzholz*, Die (zeitliche) Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen – zivil- und steuerrechtliche Überlegungen aus Anlass aktueller Rechtsprechung, ZEV 2007, 162; *Wall*, Die Ehegatteninnengesellschaft – eine erbrechtliche Gestaltungsalternative zur „Güterstandsschaukel"? ZEV 2007, 249; *Wegmann*, Ehevertragliche Gestaltungen zur Pflichtteilsreduzierung, ZEV 1996, 201; *Wegmann*, Gesellschaftsvertragliche Gestaltungen zur Pflichtteilsreduzierung, ZEV 1998, 135; *Weigl*,Pflichtteilsanrechnung gegenüber Minderjährigen – Abschied von der bisher herrschenden Meinung! MittBayNot 2008, 275; *Weiler*, Erbrecht und Verfassung, MittBayNot 2006, 296; *Wendt*, Unverzichtbares bei erbrechtlichen Verzichten, ZNotP 2006, 2; *Weigl*, Das Behindertentestament – ein Auslaufmodell?, ZNotP 2008, 2; *Werkmüller*, Gestaltungsmöglichkeiten des Erblassers im Rahmen der Anordnung von Vor- und Nachvermächtnissen, ZEV 1999, 343; *Winkler*, Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsrecht – Wege zur Minimierung des Störfaktors „Pflichtteilsansprüche", ZEV 2005, 89; *Worm*, Pflichtteilserschwerungen und Pflichtteilsstrafklauseln, RNotZ 2003, 535, *Zimmer*, Der Notar als Detektiv? – Zu den Anforderungen an das notarielle Nachlassverzeichnis, ZEV 2008, 365.

Schrifttum zum (entworfenen) Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts (BGBl. ■): *Bartsch*, Zur Frage der Höhe von Pflichtteilsergänzungsansprüchen des mit einem Vermächtnis beschwerten Miterben (ein Vergleich zwischen geltendem Recht und anstehenden Änderungen), ZErb 2009, 71; *Bonefeld*, Synopse und Auswirkungen des Gesetzes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts auf das Erbrecht-Update zur Reform der Reform, ZErb 2008, 67; *Bonefeld/Lange/Tanck*, Die geplante Reform des Pflichtteilsrechts, ZErb 2007, 292; *Bothe*, Äpfel und Birnen. Berechnungsbeispiele zu § 2057b des Entwurfs, ZErb 2008, 309; *Brüggemann*, Entziehung des Pflichtteils – Änderungen durch die geplante Erbrechtsreform, ErbBstg 2008, 241; *Brüggemann*, Zuwendungen unter Anrechnung auf den Pflichtteil und Pflichtteilsergänzungsanspruch, ErbBstg 2008, 265; *Brüggemann*, Beschränkungen oder Beschwerungen des pflichtteilsberechtigten Erben, ErbBstg 2008, 271; *Damrau*, Das sind die Änderungen im Pflichtteilsrecht, Erbrecht effektiv 2009, 127; *Damrau*, So werden Pflegeleistungen nach der Reform berücksichtigt, Erbrecht effektiv 2009, 132; *Damrau*, Verjährungsregelungen nach der Reform, Erbrecht effektiv 2009, 134; *Damrau*, Der Anspruch auf Berichtigung und Ergänzung des Bestandsverzeichnisses, ZEV 2009, 274; *Deutscher Bundestag*, Stellungnahmen im Rechtsausschuss von *Lange, Litzenburger, J. Mayer, Nake, Otte, Pfeiffer, Rawert, Schlichting*, download www.bundestag.de unter Ausschüsse/Recht/Anhörungen/Archiv der öffentlichen Anhörungen bzw. unter Suche und Eingabe der Drucksachennummer 16/8954; *Gemmer*, Erbrechtsreform: Änderungen, die Sie kennen müssen, Erbrecht effektiv 2007, 211; *Gemmer*, Erweiterung der Stundungsgründe: maßvoll oder im Ergebnis wirkungslos, Erbrecht effektiv 2009, 139; *Gemmer*, Schenkungen des Erblassers: Ende des Alles-oder-Nichts-Prinzips, Erbrecht effektiv 2009, 130; *Herrler/Schmied*, Reform des Erb- und Verjährungsrechts: Ermöglichung nachträglicher Ausgleichungs- undAnrechnungsanordnungen (§§ 2050 ff. und 2315 BGB), ZNotP 2008, 178; *Hieke*, Verkürzung der Verjährung, FPR 2008, 553; *Hüttemann/Rawert*, Pflichtteil und Gemeinwohl – Privilegien für gute Zwecke? ZEV 2007, 107; *Keim*, Testamentsgestaltung bei „missratenen" Kindern, NJW 2008, 2072; *Keim*, Die Reform

des Erb- und Verjährungsrechts und ihre Auswirkungen auf die Gestaltungspraxis, ZEV 2008, 161; *Klinger/Mörtl*, Die Erbrechtsreform 2010, NJW-Spezial 2009, 503; *Lange*, Reform des Pflichtteilsrechts: Änderungsvorschläge zur Anrechnung und Stundung, DNotZ 2007, 84; *Müller*, Erbrechtsreform: Einführung einer Pro-Rata-Regelung im Rahmen der Pflichtteilsergänzung, ZNotP 2007, 445; *Muscheler*, Die geplanten Änderungen im Erbrecht, Verjährungsrecht und Nachlassverfahrensrecht, ZEV 2008, 105; *Odersky*, Reformüberlegungen im Erbrecht, MittBayNot 2008, 2; *Otte*, Bessere Honorierung von Pflegeleistungen – Plädoyer für eine Vermächtnislösung, ZEV 2008, 260; *Papenmeier*, Berechnung der Ausgleichung beim Zusammentreffen von § 2057b BGB-E und der §§ 2050, 2057a BGB, ZErb 2008, 414; *Progl*, Die geplante Erweiterung der Testierfreiheit bei Ausgleichungs- und Anrechnungsbestimmungen nach dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts v. 1.5.2007 und ihre Auswirkungen auf die Praxis; ZErb 2008, 10; *Reimann*, Durchsicht der geplanten Änderungen des Erb- und Verjährungsrechts, FamRZ 2007, 1597; *Röthel*, Reformfragen des Pflichtteilsrechts, Symposium 30.11.–2.12.2006 in Salzau, 2007; *Ruby/Schindler*, ZEV-Report Zivilrecht, Erbrechtliche Folgen familiärer Leistungen (Pflege), ZEV 2007, 171; *Schaal*, Der Regierungsentwurf zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts, BWNotZ 2008, 2; *Scherer/Lehmann*, ZEV-Report Zivilrecht, Reformvorhaben, ZEV 2007, 318; *Schindler*, Die Anwendung des § 2306 BGB nach altem und neuem Recht unter besonderer Berücksichtigung der Werttheorie, ZEV 2008, 187; *Siebert*, Ausgleich von Pflegeleistungen im Erbfall, Erbrecht effektiv 2008, 174; *Siebert*, Einzelfragen zu den geplanten Änderungen durch die Erbrechtsreform, ErbBstg 2008, 275; *Slabon*, Nachträgliche Anrechnungsbestimmung, ErbBstg 2008, 229; *Spall*, Geplante Erbrechtsreform und Behindertentestament – ein Update, ZErb 2007, 272; *Windel*, Wie ist die häusliche Pflege aus dem Nachlass zu honorieren? ZEV 2008, 305.

	Rz.
I. Einleitung	1
1. Stellung der Beteiligten/Pflichtteilsreform für Erbfälle ab 1.1.2010 mit Synopse	1
2. Zwang zur Geltendmachung des Pflichtteils	
a) Unterhalts-, Insolvenz- und Sozialhilferecht	4
b) Minderjähriger oder betreuter Pflichtteilsberechtigter	5
3. Psychologie der Beratertätigkeit	6
II. Pflichtteilsanspruch des Enterbten im Grundfall	
1. Kreis der Pflichtteilsberechtigten	
a) Abstrakt Pflichtteilsberechtigte	7
b) Konkrete Pflichtteilsberechtigung, § 2309 BGB	9
2. Entstehung des Pflichtteils	
a) Ausschluss von der Erbfolge	12
b) Erbfall	16
3. Pflichtteilsquote	
a) Grundschema der Quotenermittlung	17
b) Pflichtteilsquote von Ehegatten und gleichgeschlechtlichen Lebenspartnern	18
aa) Güterstand der Zugewinngemeinschaft	19
bb) Gütertrennung und Gütergemeinschaft	21
cc) Übersicht Erb- und Pflichtteilsquote	22
c) Pflichtteilsquote von Kindern	23
4. Höhe des Pflichtteils	
a) Ermittlungsmethode	24
b) Feststellung des Nachlassbestands	
aa) Aktivnachlass	25
bb) Passivnachlass	47
cc) Vorläufig ausgenommene ungewisse Rechte, § 2313 BGB	72
c) Wertermittlung	
aa) Grundgedanke	
(1) Wertbegriff	77
(2) Tatsächlicher Verkaufserlös, Abzug unvermeidbarer Veräußerungskosten	80

Rz.

(3) Abzug latenter Steuern und hypothetischer Veräußerungskosten 84
(4) Beauftragung und Überprüfung von Gutachten .. 86
bb) Wertermittlung von Immobilien 87
cc) Wertermittlung von Unternehmen 89
(1) Wertbegriff 90
(2) Wahl der richtigen Wertermittlung 93
(3) Beispiel einer Ertragswertberechnung 95
dd) Wertermittlung von Gesellschaftsanteilen
(1) Grundsatz 97
(2) Buchwert-Abfindungsklauseln bei Personengesellschaften 98
(3) Wert von GmbH-Anteilen 100
ee) Kasuistik weiterer Nachlasswerte 101

III. Ansprüche auf Auskunft, Wertermittlung und Abgabe der eidesstattlichen Versicherung

1. Auskunftsansprüche
a) Anspruch des pflichtteilsberechtigten Nichterben, § 2314 BGB 115
aa) Auskunftsgläubiger und Auskunftsschuldner 116
bb) Zweck und Inhalt der Auskunft 119
cc) Zeitpunkt und Form der Auskunft 125
dd) Ergänzung des Verzeichnisses? 128
ee) Amts- oder Privatverzeichnis? 129
ff) Anwesenheitsrecht 130
b) Anspruch des pflichtteilsberechtigten Erben aus § 2314 BGB? 131
c) Auskunftsanspruch aus § 242 BGB 132
d) Anspruch unter pflichtteilsberechtigten Abkömmlingen, § 2057 BGB 133

Rz.

2. Wertermittlungsansprüche
a) Anspruch des pflichtteilsberechtigten Nichterben gegen den Erben, § 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB 135
b) Wertermittlungsanspruch aus § 242 BGB 140
c) Anspruch unter pflichtteilsberechtigten Abkömmlingen, § 242 BGB 142
3. Eidesstattliche Versicherung .. 143
4. Kosten 148
5. Verteidigung 151
6. Verzug und Folgen falscher Auskunft 156
7. Checkliste für die Durchsetzung von Auskunftsansprüchen 158
8. Übersicht 159

IV. Pflichtteil trotz Zuwendung des Erblassers, §§ 2305–2307, 1371 Abs. 3 BGB

1. Pflichtteilsanspruch des belasteten Erben oder Nacherben, § 2306 BGB 160
a) Für Erbfälle bis 31.12.2009: Ist der Erbteil größer (§ 2306 BGB a.F.)? 161
b) Für Erbfälle bis 31.12.2009: § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. 163
c) Für Erbfälle bis 31.12.2009: § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. 165
d) Ausschlagungsfrist, § 2306 Abs. 1 Halbs. 2 BGB 167
e) Übersicht für Erbfälle bis 31.12.2009 169
2. Pflichtteilszusatzanspruch des unzureichend bedachten Erben, § 2305 BGB 170
3. Pflichtteilsanspruch des Vermächtnisnehmers, § 2307 BGB 172
4. Taktische Ausschlagung des Ehegatten, § 1371 Abs. 3 BGB? . 176
5. Anfechtung 177

V. Pflichtteil bei Anrechnung und Ausgleichung von lebzeitigen Zuwendungen

1. Unterschiede zwischen Anrechnungs- und Ausgleichspflichtteil, §§ 2315, 2316 BGB . 178

Rz.

2. Der Anrechnungspflichtteil, § 2315 BGB ... 179
3. Der Ausgleichspflichtteil, § 2316 BGB
   a) Ausgleichspflichtteil, § 2316 Abs. 1, 3 BGB ... 183
   b) Restpflichtteil, § 2316 Abs. 2 BGB ... 187
4. Zusammentreffen von § 2315 und § 2316 BGB
   a) Anrechnung und Ausgleichung einer Zuwendung, § 2316 Abs. 4 BGB ... 188
   b) Anrechnung und Ausgleichung unterschiedlicher Zuwendungen ... 190
5. Zusammentreffen von § 2316 BGB und § 2325 BGB ... 191

VI. Pflichtteilsergänzungsansprüche bei Schenkungen des Erblassers

1. Pflichtteilsergänzung gegen den Erben, § 2325 BGB
   a) Grundgedanke ... 192
   b) Ergänzungsanspruch nur bei Pflichtteilsberechtigung im Zeitpunkt der Schenkung? ... 194
   c) Pflichtteilsergänzungsanspruch des Erben und Vermächtnisnehmers ... 195
   d) Schenkung
      aa) (Gemischte) Schenkung ... 197
      bb) Keine ergänzungspflichtigen Zuwendungen ... 204
      cc) Schenkung unter Auflage ... 207
      dd) Abfindung für Erb- und/oder Pflichtteilsverzicht als Schenkung ... 208
      ee) Ehebedingte Zuwendungen ... 210
      ff) Lebensversicherung ... 215
      gg) Weitere Beispiele ... 218
   e) Bewertung von Schenkungen
      aa) Grundsatz ... 220
      bb) Nießbrauch und Wohnrecht ... 224
      cc) Pflegeleistungen, Renten u.a. ... 228
   f) Zehnjahresfrist nach § 2325 Abs. 3 BGB ... 232
   g) Berechnungsschema ... 237

Rz.

2. Pflichtteilsergänzungsanspruch gegen den Beschenkten, § 2329 BGB
   a) Haftung ... 238
   b) Subsidiarität ... 241
   c) Mehrere Beschenkte, § 2329 Abs. 3 BGB ... 243

VII. Pflichtteil und Gesellschaftsrecht

1. Pflichtteil ... 244
2. Pflichtteilsergänzungsansprüche
   a) Gründung, Aufnahme und Übertragung von Gesellschaftsanteilen ... 251
   b) Ausschluss und Beschränkungen von Abfindungsansprüchen ... 253
3. Übersicht ... 254

VIII. Haftung und Verteidigung

1. Haftung für Pflichtteilsansprüche im Außenverhältnis ... 255
2. Verteidigung gegen Pflichtteilsansprüche im Außenverhältnis
   a) Einrede aus § 2319 BGB ... 256
   b) Einrede aus § 2328 BGB ... 257
   c) Anrechnung von Geschenken an den Pflichtteilsberechtigten, § 2327 BGB
      aa) Grundsatz ... 258
      bb) Zusammentreffen von §§ 2327, 2315, 2316 BGB ... 261
   d) Schenkung aus Anstand oder sittlichem Gebot, § 2330 BGB ... 263
   e) Erzwungene Stundung, § 2331a BGB ... 267
   f) Verjährungseinrede, §§ 2332, 195, 199 BGB ... 271
   g) Sonstige Verteidigungsmittel ... 281
3. Pflichtteilslast im Innenverhältnis, §§ 2320, 2321 BGB ... 286
4. Haftung für Vermächtnisse und Auflagen im Außenverhältnis
   a) Befreiung, § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. für Erbfälle bis 31.12.2009 ... 290
   b) Kürzungsrechte, § 2318 BGB ... 291

Rz.

c) Ausschluss und Modifizierung von § 2318 BGB 296

IX. Vermeidung und Beschränkung von Pflichtteilsansprüchen

1. Pflichtteilsentziehung und Unwürdigkeit
   a) Übersicht 299
   b) Pflichtteilsentziehung, §§ 2333 ff. BGB 305
   c) Pflichtteilsunwürdigkeit, § 2345 Abs. 2 BGB 311
2. Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht, § 2338 BGB 312
3. Pflichtteilsverzicht 319
4. Anrechnung oder Ausgleichung, §§ 2315, 2316 BGB 322
5. Verbrauch 323
6. Auflösend bedingte Zuwendungen als Anreiz zum Verzicht ... 324
7. Flucht in die Pflichtteilsergänzung: Schenkungen und Nutzung von Bewertungsspielräumen 325
8. Verlagerung von Vermögen ins pflichtteilsfeindliche Ausland .. 328
9. Flucht ins Gesellschaftsrecht und gegenseitige Zuwendungen auf den Todesfall 331
10. Einwirkung auf die Pflichtteilsquote 332
11. Gestaltungsmöglichkeiten verheirateter Erblasser 333
12. Vertrag über den künftigen Pflichtteil, § 311b Abs. 5 BGB .. 339

Rz.

13. Strategien in Verfügungen von Todes wegen 340

X. Pflichtteilsvergleich 346

XI. Taktik im Pflichtteilsprozess

1. Zuständigkeit 348
2. Welche Klageart ist richtig? ... 350
3. Verfahrenshinweise 358
4. Streitwert, Gerichts- und Anwaltskosten 361
5. Antragsmuster
   a) Stufenklage 366
   b) Pflichtteilsergänzungsklage gegen Grundstücksbeschenkten, § 2329 BGB 367
6. Zwangsvollstreckung aus Auskunfts- und Wertermittlungstiteln 368
7. Pfändung des Pflichtteilsanspruchs, § 852 ZPO 370

XII. Anhang

A. Nachlassverzeichnis
   I. Vorbemerkung 371
   II. Nachlassverzeichnis 372
B. Preisindizes 372
C. Anlage 9 zu § 14 BewG (ab 1.1.1995) und ab 1.1.2009 Tabelle zu § 14 BewG 373
D. Tabellarische Länderübersicht über Pflichtteils- und Noterbrechte 374
E. Pflegestatistik 2007 Deutschlandergebnisse 375

I. Einleitung

1. Stellung der Beteiligten/Pflichtteilsreform für Erbfälle ab 1.1.2010 mit Synopse

Das Pflichtteilsrecht ist Ersatz für die enttäuschte gesetzliche Erberwartung, sog. Ersatzfunktion des Pflichtteilsrechts[1]. Es will dem Pflichtteilsberechtigten eine Mindestbeteiligung in Höhe der **Hälfte des Werts des gesetzlichen Erbteils** ohne jede Beschränkung und Beschwerung gewährleisten. Der Pflichtteil ist ein Geldanspruch[2]. Er bietet keine dingliche Nachlassbetei- 1

1 BGH v. 1.10.1958 – V ZR 53/58, NJW 1958, 1964; BVerfG v. 26.4.1988 – 2 BvL 13, 14/86, NJW 1988, 2723 (2724).

2 BGH v. 1.10.1958 – V ZR 53/58, NJW 1958, 1964 (bloße Geldsummenforderung); ebenso im Grundsatz in Österreich, Irland, Ungarn, Polen, Niederlande, Serbien,

ligung. Der Erbe hat maximal die Hälfte des Werts des Nachlasses an einen Pflichtteilsberechtigten auszuzahlen. Der Erblasser darf den Pflichtteilsanspruch weder in eine bestimmte Form kleiden[1] noch zeitlich hinausschieben[2]. Für eine Billigkeitskorrektur ist im formalen und starren Pflichtteilsrecht kein Raum[3].

2 Das **Pflichtteilsrecht** schränkt die von Artikel 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschützte Testierfreiheit ein[4]. Der BGH sieht das Pflichtteilsrecht seit langem *„in einem gewissen Umfang"* von der Verfassung geschützt an[5]. Das BVerfG hat lange offen gelassen, inwieweit Artikel 6 Abs. 1 oder Artikel 14 Abs. 1 Satz 1 GG eine Mindestbeteiligung gegen den Erblasserwillen fordern[6]. Das BVerfG[7] hat 2005 präzisiert, dass die

- *„grundsätzlich unentziehbare und bedarfsunabhängige wirtschaftliche Mindestbeteiligung der Kinder"* des Erblassers durch die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 GG gewährleistet ist.
- Normen über das Pflichtteilsrecht der Kinder mit dem Grundgesetz vereinbar sind.

Das Pflichtteilsrecht der **Kinder** genießt damit **Verfassungsrang**. Im Übrigen hat das BVerfG **nicht** entschieden[8], ob das auch für das jeweilige Pflichtteilsrecht entfernter Ankömmlinge[9], der Eltern[10], des Ehegatten[11] und des Lebens-

---

Finnland und im Ergebnis seit 1.1.2007 auch für Frankreich. Zur internationalen Ausgestaltung von Pflichtteilsrechten: *Milzer*, BWNotZ 2002, 166; Tabelle in Rz. 374; *Fetsch*, RNotZ 2006, 77 (91 ff. „Länderberichte"); *Merkle*, Pflichtteilsrecht und Pflichtteilsverzicht im internationalen Erbrecht, 2008; *Kuhn*, BWNotZ 2006, 139 und BWNotZ 2007, 27.

1 BGH v. 30.4.1981 – IVa ZR 128/80, MDR 1981, 737.
2 *Pentz*, MDR 1998, 751 (752).
3 BGH v. 26.9.2001 – IV ZR 198/00, ZEV 2002, 21; BGH v. 13.7.1983 – IVa ZR 15/82, NJW 1983, 2875.
4 BVerfG v. 3.11.1981 – 1 BvL 11/77, 85/78, 1 BvR 47/81, NJW 1982, 565.
5 BGH v. 6.12.1989 – IVa ZR 249/88, NJW 1990, 911; BGH v. 17.9.1986 – IVa ZR 13/85, NJW 1987, 122; *Haas*, ZEV 2000, 249 ff.
6 BVerfG v. 30.8.2000 – 1 BvR 2464/97, ZEV 2000, 399; hierzu *Leisner*, NJW 2000, 126 f.
7 BVerfG v. 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00, NJW 2005, 1561 mit instruktiver Anm. *Gaier*, ZEV 2006, 2 (5 ff.); ausführlich Staudinger/*Haas*, Einl zu §§ 2303 ff. BGB Rz. 12 ff.
8 *Gaier*, ZEV 2006, 2 (6); MüKo/*Lange*, Ergänzungsband 4. Auflage zu § 2303 BGB Rz. 4.
9 Für Verfassungsrang: *Weiler*, MittBayNot 2006, 296 (299). Gegen Verfassungsrang: *Haas*, ZEV 2000, 249 (254); Staudinger/*Haas*, Einl zu §§ 2303 ff. BGB Rz. 34.
10 Für Verfassungsrang: BT-Drs. 16/8954 v. 24.4.2008, S. 9 zu A.I. 2. unter „Familienschützende Funktion"; *Führ*, MittBayNot 2006, 461 (463); *Weiler*, MittBayNot 2006, 296 (299); *Badura*, Vortrag beim Symposium zu den Reformfragen des Pflichtteilsrechts v. 30.11–2.12.2006, zitiert bei *Wiegand*, DNotZ 2007, 97. Gegen Verfassungsrang: Staudinger/*Haas*, Einl zu §§ 2303 ff. BGB Rz. 34b.
11 Für Verfassungsrang: BT-Drs. 16/8954 v. 24.4.2008, S. 9 zu A.I. 2. unter „Familienschützende Funktion"; Staudinger/*Haas*, Einl zu §§ 2303 ff. BGB Rz. 34a; *Führ*, MittBayNot 2006, 461 (463); *Weiler*, MittBayNot 2006, 296 (299); *Badura*, Vortrag beim Symposium zu den Reformfragen des Pflichtteilsrechts v. 30.11–2.12.2006, zitiert bei *Wiegand*, DNotZ 2007, 97.

partners nach § 10 Abs. 6 LPartG[1] gilt. Die historische Begründung des BVerfG ist von Teilen der Literatur als konturlos kritisiert worden[2]. Jedenfalls ist auch im Zivilrecht die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte bei der Auslegung des einfachen Rechts zu beachten[3]. Die Entscheidung des BVerfG hat also für die konkrete Rechtsanwendung eine nicht zu unterschätzende Bedeutung. Überdies hat der Gesetzgeber die verfassungsrechtliche Klarstellung für die avisierte **Reform** des Pflichtteilsrechts[4] abgewartet. Der Gesetzgeber hat 2008 einen ***Entwurf zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts***[5] vorgelegt. **Literatur** hierzu ist im Anhang zum Schrifttum zitiert. Dem Gesetzesentwurf hat der Bundestag nach Maßgabe der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses zugestimmt[6]. Das Gesetz[7] tritt am 1.1.2010 in Kraft. Es gilt für alle Erbfälle ab 1.1.2010 unabhängig davon, ob an Ereignisse aus der Zeit vor dem Inkrafttreten der neuen Vorschriften angeknüpft wird, Art. 229 § 21 Abs. 4 EGBGB. Für Erbfälle bis 31.12.2009 gilt das alte Pflichtteilsrecht. Übergangsvorschriften sind nur für die Verjährung geregelt. Das Reformgesetz hat vor allem das Pflichtteilsrecht modifiziert:

- Vereinfacht wird § 2306 BGB (i.V.m. einer Ergänzung in § 2305 BGB).
- § 2315 BGB blieb unverändert. Die im Entwurf enthaltene Möglichkeit, nachträglich die Anrechnung von Zuwendungen auf den Pflichtteil zu bestimmen, entfällt (Vertrauensschutz)[8].
- Der komplizierte Ausgleichungspflichtteil in §§ 2316, 2050 ff. BGB wird bei Pflege des Erblassers durch einen Abkömmling des Erblassers größere Bedeutung erlangen. Künftig ist der Anspruch unabhängig davon, ob für die Pflegeleistungen auf ein eigenes Einkommen verzichtet wurde. Die im Übrigen geplante Ausweitung der Ausgleichung entfällt[9].
- Bei der Pflichtteilsergänzung ist für Schenkungen in § 2325 Abs. 3 BGB eine gleitende Ausschlussfrist von 1/10 pro rata temporis zulasten des Pflichtteilsberechtigten vorgesehen (Abschmelzungsmodell).

---

1 Für Verfassungsrang: *Weiler*, MittBayNot 2006, 296 (299). Gegen Verfassungsrang: *Badura*, Vortrag beim Symposium zu den Reformfragen des Pflichtteilsrechts v. 30.11–2.12.2006, zitiert bei *Wiegand*, DNotZ 2007, 97.

2 *J. Mayer*, FamRZ 2005, 1441 ff.; *Muscheler*, ErbR 2006, 34 (42); *Stüber*, NJW 2005, 2122 ff.; *Kleensang*, DNotZ 2005, 509 (521) und ZEV 2005, 277 ff. und MittBayNot 2007, 471 (472); *Lange*, ZErb 2005, 205 ff. und MüKo/*Lange*, Ergänzungsband 4. Auflage zu § 2303 BGB Rz. 4; Staudinger/*Haas*, Vorbem zu §§ 2333–2337 BGB Rz. 1.

3 Jüngst BVerfG v. 8.1.2009 – 1 BvR 755/08 (Rz. 16), NJW 2009, 1065; *Gaier*, ZEV 2006, 2 (7); *Lange*, ZErb 2005, 205 (208); *Kleensang*, ZEV 2005, 277 (282 f.: §§ 2333 ff. BGB).

4 Ausführlich *Röthel*, Reformfragen des Pflichtteilsrechts (Symposium 30.11.–2.12.2006 in Salzau), 2007; Übersicht bei *Wiegand*, DNotZ 2007, 97 ff.

5 BT-Drs. 16/8954 v. 24.4.2008, download unter http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/089/1608954.pdf.

6 BT-Drs. 16/13543 v. 23.6.2009, download unter http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/135/1613543.pdf.

7 Verkündung im BGBl. ■.

8 BT-Drs. 16/13543 v. 23.6.2009 zu Nummer 23 (§ 2315 BGB).

9 BT-Drs. 16/13543 v. 23.6.2009 zu Nummern 11/12 und 14 (§§ 2050, 2053, 2057a, 2057b).

– Die Gründe für die Stundung in § 2331a BGB werden geringfügig erweitert.
– Die Pflichtteilsentziehungsgründe werden modernisiert und erweitert, und ahnden auch Verstöße gegen Personen, die dem Erblasser vergleichbar einem Kind oder Ehegatten nahe stehen. Die Entziehungsgründe gelten einheitlich für alle Pflichtteilsberechtigten.
– Die Verjährung des Pflichtteils gegen den Erben (nicht Beschenkten) richtet sich nach der Regelverjährung, §§ 195, 199 BGB. Zwar gilt das neue Verjährungsrecht auch für die am 1.1.2010 bestehenden und nicht verjährten Ansprüche aus früheren Erbfällen.

Insoweit sind aber Übergangsvorschriften[1] beachtlich, Art. 229 § 21 Abs. 1–3 EGBGB: Wäre nach altem Recht die Verjährung früher vollendet gewesen, gelten die bisherigen Vorschriften über den Beginn der Verjährung und die Verjährungsfrist weiter (Vertrauensschutz für Schuldner). Auch die Hemmung der Verjährung für den Zeitraum vor dem 1.1.2010 bestimmt sich nach altem Verjährungsrecht. Damit nicht bei Anwendung des neuen Rechts mit seinem Inkrafttreten ein Anspruch verjährt, wird der Beginn der Verjährung hinausgeschoben; die Frist beginnt nicht vor dem 1.1.2010[2].

Mit der Reform hat der Gesetzgeber seinen vom BVerfG zugebilligten weiten Gestaltungsspielraum[3] nicht ausgeschöpft. **Synopse** der für das Pflichtteilsrecht maßgeblichen Normen:

2a

Gesetzesfassung für Erbfälle bis 31.12.2009	**Gesetzesfassung für Erbfälle ab 1.1.2010, BGBl. ■**
§ 2057a Abs. 1 Satz 2 BGB	§ 2057a Abs. 1 Satz 2 BGB
Dies gilt auch für einen Abkömmling, der unter Verzicht auf berufliches Einkommen den Erblasser während längerer Zeit gepflegt hat.	*Dies gilt auch für einen Abkömmling, der den Erblasser während längerer Zeit gepflegt hat.*
§ 2305 BGB	§ 2305 BGB
Zusatzpflichtteil	Zusatzpflichtteil
Ist einem Pflichtteilsberechtigten ein Erbteil hinterlassen, der geringer ist als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, so kann der Pflichtteilsberechtigte von den Miterben als Pflichtteil den Wert des an der Hälfte fehlenden Teils verlangen.	Ist einem Pflichtteilsberechtigten ein Erbteil hinterlassen, der geringer ist als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, so kann der Pflichtteilsberechtigte von den Miterben als Pflichtteil den Wert des an der Hälfte fehlenden Teils verlangen.

1 BT-Drs. 16/8954 v. 24.4.2008, S. 26 zu Artikel 2 (Art 229 EGBGB, neuer § 21) bzw. BT-Drs. 16/13543 v. 23.6.2009 zu Artikel 2.
2 Instruktiv zum Übergangsrecht *Damrau*, EE 2009, 134 (136 ff.).
3 BT-Drs. 16/8954 v. 24.4.2008, S. 8 zu A.I. 2; Staudinger/*Haas*, Einl zu §§ 2303 ff. BGB Rz. 16; *Gaier*, ZEV 2006, 2 (6). Für weitergehende Reformen z.B. *Odersky*, MittBayNot 2008, 2 ff.; für größeren Unternehmensschutz *K. Schmidt* und *Lange*, Vortrag beim Symposium zu den Reformfragen des Pflichtteilsrechts v. 30.11–2.12.2006, zitiert bei *Wiegand*, DNotZ 2007, 97 (98 und 103).

Gesetzesfassung für Erbfälle bis 31.12.2009	**Gesetzesfassung für Erbfälle ab 1.1.2010, BGBl. ■**
	Bei der Berechnung des Wertes bleiben Beschränkungen und Beschwerungen der in § 2306 bezeichneten Art außer Betracht.
§ 2306 BGB Beschränkungen und Beschwerungen (1) Ist ein als Erbe berufener Pflichtteilsberechtigter durch die Einsetzung eines Nacherben, die Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder eine Teilungsanordnung beschränkt oder ist er mit einem Vermächtnis oder einer Auflage beschwert, so gilt die Beschränkung oder die Beschwerung als nicht angeordnet, wenn der ihm hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht übersteigt. Ist der hinterlassene Erbteil größer, so kann der Pflichtteilsberechtigte den Pflichtteil verlangen, wenn er den Erbteil ausschlägt; die Ausschlagungsfrist beginnt erst, wenn der Pflichtteilsberechtigte von der Beschränkung oder der Beschwerung Kenntnis erlangt. (2) Einer Beschränkung der Erbeinsetzung steht es gleich, wenn der Pflichtteilsberechtigte als Nacherbe eingesetzt ist.	§ 2306 BGB Beschränkungen und Beschwerungen *(1) Ist ein als Erbe berufener Pflichtteilsberechtigter durch die Einsetzung eines Nacherben, die Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder eine Teilungsanordnung beschränkt oder ist er mit einem Vermächtnis oder einer Auflage beschwert, so kann er den Pflichtteil verlangen, wenn er den Erbteil ausschlägt; die Ausschlagungsfrist beginnt erst, wenn der Pflichtteilsberechtigte von der Beschränkung oder der Beschwerung Kenntnis erlangt.* (2) Einer Beschränkung der Erbeinsetzung steht es gleich, wenn der Pflichtteilsberechtigte als Nacherbe eingesetzt ist.
§ 2325 BGB Pflichtteilsergänzungsanspruch bei Schenkungen (1) Hat der Erblasser einem Dritten eine Schenkung gemacht, so kann der Pflichtteilsberechtigte als Ergänzung des Pflichtteils den Betrag verlangen, um den sich der Pflichtteil erhöht, wenn der verschenkte Gegenstand dem Nachlass hinzugerechnet wird. (2) Eine verbrauchbare Sache kommt mit dem Werte in Ansatz, den sie zur Zeit der Schenkung hatte. Ein anderer Gegenstand kommt mit dem Werte in Ansatz, den er zur Zeit des Erbfalls hat; hatte er zur Zeit der Schenkung einen geringeren Wert, so wird nur dieser in Ansatz gebracht. (3) Die Schenkung bleibt unberücksichtigt, wenn zur Zeit des Erbfalls zehn Jahre seit der Leistung des verschenkten Gegenstandes verstrichen sind; ist die	§ 2325 BGB Pflichtteilsergänzungsanspruch bei Schenkungen (1) Hat der Erblasser einem Dritten eine Schenkung gemacht, so kann der Pflichtteilsberechtigte als Ergänzung des Pflichtteils den Betrag verlangen, um den sich der Pflichtteil erhöht, wenn der verschenkte Gegenstand dem Nachlass hinzugerechnet wird. (2) Eine verbrauchbare Sache kommt mit dem Werte in Ansatz, den sie zur Zeit der Schenkung hatte. Ein anderer Gegenstand kommt mit dem Werte in Ansatz, den er zur Zeit des Erbfalls hat; hatte er zur Zeit der Schenkung einen geringeren Wert, so wird nur dieser in Ansatz gebracht. *(3) Die Schenkung wird innerhalb des ersten Jahres vor dem Erbfall in vollem Umfang, innerhalb jedes weiteren Jahres vor dem Erbfall um jeweils ein*

Gesetzesfassung für Erbfälle bis 31.12.2009	**Gesetzesfassung für Erbfälle ab 1.1.2010, BGBl. ■**
Schenkung an den Ehegatten des Erblassers erfolgt, so beginnt die Frist nicht vor der Auflösung der Ehe.	*Zehntel weniger berücksichtigt. Sind zehn Jahre seit der Leistung des verschenkten Gegenstandes verstrichen, bleibt die Schenkung unberücksichtigt. Ist die Schenkung an den Ehegatten erfolgt, so beginnt die Frist nicht vor Auflösung der Ehe.*
§ 2331a BGB Stundung (1) Ist der Erbe selbst pflichtteilsberechtigt, so kann er Stundung des Pflichtteilsanspruchs verlangen, wenn die sofortige Erfüllung des gesamten Anspruchs den Erben wegen der Art der Nachlassgegenstände ungewöhnlich hart treffen, insbesondere wenn sie ihn zur Aufgabe seiner Familienwohnung oder zur Veräußerung eines Wirtschaftsgutes zwingen würde, das für den Erben und seine Familie die wirtschaftliche Lebensgrundlage bildet. Stundung kann nur verlangt werden, soweit sie dem Pflichtteilsberechtigten bei Abwägung der Interessen beider Teile zugemutet werden kann. (2) Für die Entscheidung über eine Stundung ist, wenn der Anspruch nicht bestritten wird, das Nachlassgericht zuständig. § 1382 Abs. 2 bis 6 gilt entsprechend; an die Stelle des Familiengerichts tritt das Nachlassgericht.	§ 2331a BGB Stundung *(1) Der Erbe kann Stundung des Pflichtteils verlangen, wenn die sofortige Erfüllung des gesamten Anspruchs für den Erben wegen der Art der Nachlassgegenstände eine unbillige Härte wäre, insbesondere wenn sie ihn zur Aufgabe des Familienheims oder zur Veräußerung eines Wirtschaftsgutes zwingen würde, das für den Erben und seine Familie die wirtschaftliche Lebensgrundlage bildet. Die Interessen des Pflichtteilsberechtigten sind angemessen zu berücksichtigen.* (2) Für die Entscheidung über eine Stundung ist, wenn der Anspruch nicht bestritten wird, das Nachlassgericht zuständig. § 1382 Abs. 2 bis 6 gilt entsprechend; an die Stelle des Familiengerichts tritt das Nachlassgericht.
§ 2332 BGB Verjährung (1) Der Pflichtteilsanspruch verjährt in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Pflichtteilsberechtigte von dem Eintritt des Erbfalls und von der ihn beeinträchtigenden Verfügung Kenntnis erlangt, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in 30 Jahren von dem Eintritt des Erbfalls an. (2) Der nach § 2329 dem Pflichtteilsberechtigten gegen den Beschenkten zustehende Anspruch verjährt in drei Jahren von dem Eintritt des Erbfalls an. (3) Die Verjährung wird nicht dadurch gehemmt, dass die Ansprüche erst nach	§ 2332 BGB Verjährung *(1) Die Verjährungsfrist des dem Pflichtteilsberechtigten nach § 2329 gegen den Beschenkten zustehenden Anspruchs beginnt mit dem Erbfall.* *(2) Die Verjährung des Pflichtteilsanspruchs und des Anspruchs nach § 2329 wird nicht dadurch gehemmt, dass die Ansprüche erst nach der Ausschlagung der Erbschaft oder eines Vermächtnisses geltend gemacht werden können.*

Gesetzesfassung für Erbfälle bis 31.12.2009	**Gesetzesfassung für Erbfälle ab 1.1.2010, BGBl. ■**
der Ausschlagung der Erbschaft oder eines Vermächtnisses geltend gemacht werden können.	
§ 2333 BGB Entziehung des Pflichtteils eines Abkömmlings Der Erblasser kann einem Abkömmling den Pflichtteil entziehen: 1. wenn der Abkömmling dem Erblasser, dem Ehegatten oder einem anderen Abkömmling des Erblassers nach dem Leben trachtet, 2. wenn der Abkömmling sich einer vorsätzlichen körperlichen Misshandlung des Erblassers oder des Ehegatten des Erblassers schuldig macht, im Falle der Misshandlung des Ehegatten jedoch nur, wenn der Abkömmling von diesem abstammt, 3. wenn der Abkömmling sich eines Verbrechens oder eines schweren vorsätzlichen Vergehens gegen den Erblasser oder dessen Ehegatten schuldig macht, 4. wenn der Abkömmling die ihm dem Erblasser gegenüber gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht böswillig verletzt, 5. wenn der Abkömmling einen ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel wider den Willen des Erblassers führt.	§ 2333 BGB *Entziehung des Pflichtteils* *(1) Der Erblasser kann einem Abkömmling den Pflichtteil entziehen, wenn der Abkömmling* *1. dem Erblasser, dem Ehegatten des Erblassers, einem anderen Abkömmling oder einer dem Erblasser ähnlich nahe stehenden Person nach dem Leben trachtet,* *2. sich eines Verbrechens oder eines schweren vorsätzlichen Vergehens gegen eine der in Nummer 1 bezeichneten Personen schuldig macht,* *3. die ihm dem Erblasser gegenüber gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht böswillig verletzt oder* *4. wegen einer vorsätzlichen Straftat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr ohne Bewährung rechtskräftig verurteilt wird und die Teilhabe des Abkömmlings am Nachlass deshalb für den Erblasser unzumutbar ist. Gleiches gilt, wenn die Unterbringung des Abkömmlings in einem psychiatrischen Krankenhaus oder in einer Entziehungsanstalt wegen einer ähnlich schwerwiegenden vorsätzlichen Tat rechtskräftig angeordnet wird.* *(2) Absatz 1 gilt entsprechend für die Entziehung des Eltern- oder Ehegattenpflichtteils.*
§ 2334 BGB Entziehung des Elternpflichtteils Der Erblasser kann dem Vater den Pflichtteil entziehen, wenn dieser sich einer der im § 2333 Nr. 1, 3, 4 bezeichneten Verfehlungen schuldig macht. Das gleiche Recht steht dem Erblasser der Mutter gegenüber zu, wenn diese sich einer solchen Verfehlung schuldig macht.	*§ 2334 BGB wird aufgehoben.*

Gesetzesfassung für Erbfälle bis 31.12.2009	**Gesetzesfassung für Erbfälle ab 1.1.2010, BGBl. ■**
§ 2335 BGB Entziehung des Ehegattenpflichtteils Der Erblasser kann dem Ehegatten den Pflichtteil entziehen: 1. wenn der Ehegatte dem Erblasser oder einem Abkömmling des Erblassers nach dem Leben trachtet, 2. wenn der Ehegatte sich einer vorsätzlichen körperlichen Misshandlung des Erblassers schuldig macht, 3. wenn der Ehegatte sich eines Verbrechens oder eines schweren vorsätzlichen Vergehens gegen den Erblasser schuldig macht, 4. wenn der Ehegatte die ihm dem Erblasser gegenüber gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht böswillig verletzt.	*§ 2335 BGB wird aufgehoben.*
§ 2336 BGB Form, Beweislast, Unwirksamwerden (1) Die Entziehung des Pflichtteils erfolgt durch letztwillige Verfügung. (2) Der Grund der Entziehung muss zur Zeit der Errichtung bestehen und in der Verfügung angegeben werden. (3) Der Beweis des Grundes liegt demjenigen ob, welcher die Entziehung geltend macht. (4) Im Falle des § 2333 Nr. 5 ist die Entziehung unwirksam, wenn sich der Abkömmling zur Zeit des Erbfalls von dem ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel dauernd abgewendet hat.	§ 2336 BGB Form, Beweislast, Unwirksamwerden (1) Die Entziehung des Pflichtteils erfolgt durch letztwillige Verfügung. (2) Der Grund der Entziehung muss zur Zeit der Errichtung bestehen und in der Verfügung angegeben werden. *Für eine Entziehung nach § 2333 Abs. 1 Nr. 4 muss zur Zeit der Errichtung die Tat begangen sein und der Grund für die Unzumutbarkeit vorliegen; beides muss in der Verfügung angegeben werden.* (3) Der Beweis des Grundes liegt demjenigen ob, welcher die Entziehung geltend macht. (4) *aufgehoben*

3 Zwischen **Pflichtteilsrecht** und **Pflichtteilsanspruch** – vom Gesetz auch Pflichtteil genannt – ist scharf zu trennen. Das Pflichtteilsrecht ist in §§ 2303, 2309 BGB umschrieben. Es ist Ausfluss und Ersatz des gesetzlichen Erbrechts[1]. Zwischen Pflichtteilsberechtigtem und Erblasser besteht schon zu Lebzeiten ein Rechtsverhältnis[2], das sich mit den Erben fortsetzt. Aus dem Pflichtteilsrecht kann – muss aber nicht – ein Pflichtteilsanspruch[3] folgen. Voraussetzung für den Pflichtteilsanspruch sind stets die Pflichtteilsberechtigung, der Eintritt des Erbfalls[4] und grundsätzlich der Ausschluss von der Erb-

1 BGH v. 1.10.1958 – V ZR 53/58, NJW 1958, 1964.
2 S. §§ 311b Abs. 5; 2079, 2281; 2346 Abs. 2 BGB.
3 BGH v. 1.10.1958 – V ZR 53/58, NJW 1958, 1964.
4 § 2317 Abs. 1 BGB.

folge durch Verfügung von Todes wegen. Dem Pflichtteilsrecht steht die **Pflichtteilslast** gegenüber. Sie besagt, in welchem Umfang der Erbe für den Pflichtteilsanspruch einzustehen hat. Vor- und Nachteile des Pflichtteils:

Vorteile	Nachteile
– Keine Auseinandersetzung mit Miterben und Gläubigern. – Keine Belastung mit Nachlassverwaltung, Verkaufsbemühungen zur Liquiditätsbeschaffung. – Wertverschlechterung des Nachlasses nach dem Erbfall unerheblich.	– Keine dingliche Beteiligung am Nachlass, damit weniger Sicherheit. – Geldschuld beinhaltet Risiko des Geldwertverfalls. – Unvollständige Information über den Bestand und Wert des Nachlasses.

2. Zwang zur Geltendmachung des Pflichtteils

a) Unterhalts-, Insolvenz- und Sozialhilferecht

Dem Pflichtteilsberechtigten steht es frei, den Pflichtteil zu verlangen. Er ist nicht verpflichtet, ihn geltend zu machen. Diese Entschließungsfreiheit ist in § 852 ZPO vor den Interessen der Gläubiger des Pflichtteilsberechtigten geschützt[1]. 4

Ausnahmen:

– Der **Unterhaltsberechtigte** hat die Obliegenheit, seinen Pflichtteil durchzusetzen, soweit dies nicht unbillig ist[2]. Der Unterhaltsschuldner hat zwar grundsätzlich keine Pflicht, den Pflichtteil zu verlangen[3]. Jedoch wird bei der Frage seiner Leistungsfähigkeit der Pflichtteil berücksichtigt, so dass mittelbar ein Druck besteht, den Pflichtteil zu fordern[4].

– Der **Insolvenzschuldner** kann auf den Pflichtteil in jedem Stadium des Insolvenzverfahrens nach § 2346 Abs. 2 BGB verzichten[5]. Für den Erlass eines bereits entstandenen Pflichtteils nach § 397 BGB ist er aber nicht verfügungsbefugt[6]. Der Insolvenzschuldner ist nicht zur Geltendmachung des Pflichtteils verpflichtet. Dies begründet auch im Restschuldverfahren keine Obliegenheit nach § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO, wenn der Pflichtteil nicht in der Wohlverhaltensphase, sondern bereits während des eröffneten Insol-

1 § 852 ZPO gilt auch für einen Unterhaltsgläubiger, OLG Celle v. 10.5.2004 – 6 U 215/03, OLGReport 2004, 414.
2 BGH v. 21.4.1993 – XII ZR 248/91, NJW 1993, 1920; Staudinger/*Haas*, § 2317 BGB Rz. 40.
3 BGH v. 7.7.1982 – IVb ZR 738/80, NJW 1982, 2771.
4 Staudinger/*Haas*, § 2317 BGB Rz. 42.
5 *J. Mayer*, ZEV 2007, 556 (559); *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 80 f.; *Ivo*, ZErb 2003, 250 (253): Der Verzicht nach § 2346 Abs. 2 BGB begründet keinen Obliegenheitsverstoß nach § 295 Abs. I Nr. 2 InsO und ist nicht anfechtbar, was aus § 83 Abs. 1 InsO folgt.
6 A.A. zutreffend bei Erlass nach § 397 BGB während Insolvenzverfahrens wegen § 81 Abs. 1 InsO: *Ivo*, ZErb 2003, 250 (254).

venzverfahrens entstanden ist[1]. Der BGH hat jüngst entschieden, dass auch dann keine Obliegenheitsverletzung des Schuldners gegeben ist, wenn der in der Wohlverhaltensphase entstandene Pflichtteil nicht geltend gemacht wird (streitig)[2].

– Der **Sozialhilfeträger** darf grundsätzlich auch gegen den Willen des hilfsbedürftigen Pflichtteilsberechtigten dessen Pflichtteil geltend machen[3]. Die Überleitung nach § 93 Abs. 1 SGB XII setzt aber voraus, dass der Pflichtteil für die Zeit, für die Hilfe gewährt wird, bereits besteht[4]. Das Ausschlagungsrecht nach § 2306 BGB kann der Sozialhilfeträger nach h.M. nicht auf sich überleiten[5]. Diese Frage hat geringe praktische Relevanz angesichts der zumeist abgelaufenen Ausschlagungsfrist[6]. Indes soll nach einer Ansicht die Überleitung des Ausschlagungsrechts nach § 2307 BGB möglich sein[7]. Sog. Pflichtteilstrafklauseln hindern den Sozialhilfeträger ebenso wenig an der Überleitung, sofern sie in diesen Fällen überhaupt anwendbar sind[8]. Ein während des Bezugs von Sozialhilfe erklärter Pflichtteilsverzicht nach § 2346 Abs. 2 BGB ist nicht sittenwidrig[9]. Anders liegt es beim Erlass auf den bereits entstandenen Pflichtteil[10]. Im Übrigen muss der Pflichtteilsberechtigte, der Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts beantragt, seinen Pflichtteil nach dem Tode des erstversterbenden Elternteils nur ausnahmsweise nicht verlangen, § 12 Abs. 3 Nr. 6 SGB II[11].

---

1 BGH v. 18.12.2008 – IX ZB 249/07, ZEV 2009, 250.

2 BGH v. 25.6.2009 – IX ZB 196/08, Beck RS 2009, 20298; *Enzensberger*/Roth, NJW Spezial 209, 263 (264); Staudinger/*Haas*, § 2317 BGB Rz. 58a; *Nieder*/*Kössinger*, § 21 Rz. 121.

3 BGH v. 8.12.2004 – IV ZR 223/03, ZEV 2005, 117 mit zustimmender Anm. *Langenfeld*, BGHReport 2005, 507 f.; BGH v. 19.10.2005 – IV ZR 235/03, ZEV 2006, 76; Staudinger/*Haas*, § 2317 BGB Rz. 48c; *Nieder*/*Kössinger*, § 21 Rz. 127; *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 90; a.A. *Muscheler*, ZEV 2005, 117; BayObLG v. 18.9.2003 – 3 Z BR 167/03, OLGReport 2004, 7.

4 OLG Karlsruhe v. 24.9.2003 – 9 U 59/03, FamRZ 2004, 410.

5 S. Kapitel B VIII Rz. 24; OLG Frankfurt v. 7.10.2004 – 14 U 233/02, ZEV 2004, 24; Soergel/*Dieckmann*, § 2306 BGB Rz. 29; *van der Loo*, ZEV 2006, 473 (479); Staudinger/*Haas*, § 2317 BGB Rz. 48b; *Kornexl*, Nachlassplanung bei Problemkindern, Rz. 378; Offen gelassen BGH v. 8.12.2004 – IV ZR 223/93, ZEV 2005, 177 und BGH v. 19.10.2005 – IV ZR 235/03, ZEV 2006, 76; instruktiv *Wendt*, ZNotP 2008, 2 (8 ff.).

6 *Wendt*, ZNotP 2008, 2 (10).

7 Palandt/*Edenhofer*, § 2307 BGB Rz. 1 und § 2317 BGB Rz. 9; *van der Loo*, ZEV 2006, 473 (478 f.).

8 BGH v. 19.10.2005 – IV ZR 235/03, ZEV 2006, 76; s. Rz. 345.

9 *J. Mayer*, ZEV 2007, 556 (559); *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 82.

10 VGH Mannheim v. 8.6.1993 – 6 S 1068/92, NJW 1993, 2953 (§ 138 BGB); *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 90.

11 LSG Nordrhein-Westfalen v. 24.11.2008 – L 20 AS 92/07, NJW-RR 2009, 136 (Pflichtteilsstrafklausel, unzumutbare Härte).

b) Minderjähriger oder betreuter Pflichtteilsberechtigter

Beim Pflichtteilsanspruch des **minderjährigen Kindes** gegen seinen sorgeberechtigten Elternteil als Alleinerben gilt: 5

Der Elternteil kann den gegen ihn gerichteten Pflichtteil berechnen und entscheiden, ob er ihn für sein Kind geltend macht[1]. Der Sorgeberechtigte hat nach § 1640 BGB ein Vermögensverzeichnis einzureichen, das eine Überprüfung gewährleistet. Ein Erlass zulasten der Kinder ist ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht möglich, §§ 1643 Abs. 2, 1822 Nr. 2 BGB. Nur wenn der Elternteil den Pflichtteil gefährdet oder er kein Sorgerecht bzw. der Erblasser eine Bestimmung nach § 1638 Abs. 1 BGB getroffen hat, ist ein **Pfleger** nach § 1909 BGB zu bestellen, der den Pflichtteil in der voraussichtlichen Höhe sichert[2]. Die Verjährungsfrist von Pflichtteilsansprüchen der Kinder gegen einen Elternteil beginnt nicht vor Vollendung des 21. Lebensjahres des Kindes, § 207 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB (beachtlich sind Übergangsvorschriften für Erbfälle bis 31.12.2009)[3]. Dann hat der Elternteil auf das Ende der Hemmung hinzuweisen. Andernfalls können Schadensersatzansprüche bestehen, §§ 1664, 1833 BGB[4].

Bei einem **betreuten Pflichtteilsberechtigten** entscheidet der Betreuer ausschließlich im Interesse des Betreuten, ob und wie er den Pflichtteil geltend macht. Maßgeblich ist, bei welchem Vorgehen die persönlichen, rechtlichen und wirtschaftlichen Interessen des Betreuten bestmöglich gewahrt sind[5]. Auch bei einem geschäftsunfähigen Betreuten ist dessen Wunsch beachtlich[6], es sei denn, der Wunsch gefährdet eine angemessene Versorgung bzw. sein Wohl[7]. Ist der Betreuer danach verpflichtet, den Pflichtteil zu verlangen und bleibt er dennoch untätig, bestehen Schadensersatzansprüche des Betreuten, die der Sozialhilfeträger überleiten kann[8]. Die Bestellung eines **Ergänzungsbetreuers** ist erforderlich, wenn sich der Pflichtteil gegen seinen Betreuer richtet, auch wenn ein Sozialhilfeträger den Anspruch auf sich übergeleitet hat[9].

---

1 Staudinger/*Haas*, § 2317 BGB Rz. 45 (§§ 1629 Abs. 2, 1796, 1795 Abs. 2, 181 BGB greifen nicht).

2 Aber regelmäßig nicht durchsetzt, BayObLG v. 7.12.1988 – BReg. 1a Z 8/88, FamRZ 1989, 540; Staudinger/*Haas*, § 2317 BGB Rz. 46–48; Palandt/*Edenhofer*, § 2317 BGB Rz. 4. Ein Ergänzungspfleger wird nicht bestellt, wenn der Erblasser nach § 1917 BGB einen Pfleger bestimmt hat.

3 Zur Verlängerung der Hemmung siehe Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts BT-Drs. 16/8954 v. 24.4.2008, S. 14 zu Nr. 3 (§ 207 BGB).

4 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 3 Rz. 18.

5 BayObLG v. 18.9.2003 – 3 Z BR 167/03, OLGReport 2004, 7; zur Pflicht des Betreuers eines Behinderten: *Keim*, ZEV 2008, 161 (163); *Muscheler*, ZEV 2008, 105 (108); *Spall*, ZErb 2007, 272 (274); *Schaal*, BWNotZ 2008, 2 (10).

6 MüKo/*Schwab*, § 1901 BGB Rz. 11.

7 MüKo/*Schwab*, § 1901 BGB Rz. 15; Palandt/*Diederichsen*, § 1901 BGB Rz. 6.

8 BayVGH v. 21.3.2007 – 12 B 04.975, FamRZ 2008, 310.

9 BayObLG v. 18.9.2003 – 3Z BR 167/03, OLGReport 2004, 7.

Ein **Pfleger** entscheidet ebenfalls nach pflichtgemäßem Ermessen, ob er den Pflichtteil geltend macht[1].

3. Psychologie der Beratertätigkeit

6 Das Verhältnis von Pflichtteilsberechtigten und Erben ist oft belastet. Es drohen emotionale Auseinandersetzungen. **Faustregeln:**

Sachlichkeit bewahren. Gerade im ersten Anschreiben alles vermeiden, was Porzellan zerschlagen könnte (ruppige Worte, Auskunftsverlangen unter zu kurzer Frist und Klageandrohung). Ein vernünftiger Mandant kann durch seinen Ehepartner aufgehetzt sein. Fehlvorstellungen sind durch offenen Dialog abzubauen. Parteien fernhalten und **Beratergespräche** führen.

Gütliche Lösung suchen. Ein Vergleich eröffnet Handlungsspielraum (z.B. teilweise Abfindung durch Übertragung von Nachlassgegenständen).

II. Pflichtteilsanspruch des Enterbten im Grundfall

1. Kreis der Pflichtteilsberechtigten

a) Abstrakt Pflichtteilsberechtigte

7 § 2303 BGB bestimmt, wer zum Kreis der abstrakt Pflichtteilsberechtigten zählt:

- **Abkömmlinge** des Erblassers nach § 1589 BGB, also Kinder, Enkel, Urenkel usw. Bei einem Erbfall seit dem 1.4.1998 wird zwischen ehelichen und **nichtehelichen** Kindern nicht mehr unterschieden, wenn die Vaterschaft nach § 1592 Nr. 2, 3 BGB förmlich feststeht[2] und das Kind nicht vor dem 1.7.1949 geboren ist, Art. 227 Abs. 1 Nr. 1 BGB[3]. Ein wirksamer Erbausgleich vor dem 1.4.1998 beseitigt das Pflichtteilsrecht aber auch bei späteren Erbfällen[4]. Das BVerfG[5] hat klargestellt, dass vor dem 1.7.1949 nichtehelich geborene Kinder auch dann erbrechtlich wie eheliche Kinder zu behandeln sind, wenn ihre Eltern erst nach dem 30.6.1998 miteinander die Ehe geschlossen haben, Art 6 Abs. 5 GG. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EG MR) hat jüngst entschieden, dass der Ausschluss des Erbrechts für vor dem 1.7.1949 nichtehelich geborene Kinder gegen das Diskriminierungsverbot in Artikel 14 i.V.m. Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) verstößt[6]. Die Tragweite dieser Rechtsprechung bleibt hier ungeprüft.

---

1 Staudinger/*Haas*, § 2317 BGB Rz. 44.
2 Palandt/*Edenhofer*, § 1924 BGB Rz. 8.
3 Für das Beitrittsgebiet gilt diese Altersgrenze für Erbfälle seit 3.10.1990 nicht, Artikel 235 § 1 Abs. 2 EGBGB; zutreffend *de Leve* gegen das falsche Urteil des LG Chemnitz v. 5.7.2006 – 2 O 1602/05, ZEV 2007, 227.
4 § 1934d, e BGB a.F., Art. 227 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB.
5 BVerfG v. 8.1.2009 – 1 BvR 755/08, NJW 2009, 1065.
6 EGMR v. 28.5.2009 – 354 5/04, FamRZ 2009, 1293 mit Anm. Henrich.

– **Angenommene** bei Erbfällen und Adoptionen ab dem 1.1.1977, s. Übersicht:

Erblasser	**Adoption** ab 1.1.1977/ Angenommener minderjährig, Art. 12 § 1 AdoptG	**Adoption** ab 1.1.1977/ Angenommener volljährig, Art. 12 § 1 AdoptG
Leibliche Eltern	Erb- und Pflichtteilsrecht erlischt, § 1755 Abs. 1 BGB. Ausnahme § 1756 Abs. 2 BGB	Erb- und Pflichtteilsrecht besteht, § 1770 BGB. Ausnahme § 1772 BGB
Verwandte der leiblichen Eltern	Erb- und Pflichtteilsrecht erlischt, § 1755 Abs. 1 BGB. Ausnahme § 1756 Abs. 1, 2 BGB	s.o.
Adoptiveltern	Erb- und Pflichtteilsrecht entsteht, § 1754 BGB	Erb- und Pflichtteilsrecht entsteht, §§ 1767 Abs. 2, 1754 BGB
Verwandte der Adoptiveltern	Erb- und Pflichtteilsrecht entsteht, § 1754 BGB	Kein Erb- und Pflichtteilsrecht, § 1770 Abs. 1 BGB. Ausnahme § 1772 BGB

– **Eltern**[1] des Erblassers sind abstrakt pflichtteilsberechtigt. Sie kommen nur beim Fehlen von Abkömmlingen des Erblassers zum Zuge, §§ 2309, 1930 BGB.

– **Ehegatten** haben ein Pflichtteilsrecht bei gültiger Ehe, wenn es nicht nach § 1933 BGB[2] entfallen ist.

– **Gleichgeschlechtliche Lebenspartner** i.S.d. LPartG haben ein Pflichtteilsrecht nach § 10 Abs. 6 LPartG. Das Erb- und Pflichtteilsrecht erlischt gemäß § 15 oder § 10 Abs. 3 LPartG.

Kein Pflichtteilsrecht haben insbesondere nicht adoptierte Stiefkinder, Geschwister des Erblassers, Geschwisterkinder (Neffe, Nichte), Großeltern des Erblassers und nichteheliche Lebenspartner. 8

b) Konkrete Pflichtteilsberechtigung, § 2309 BGB

➲ **Beratungssituation:** Mandantin ist Mutter des Erblassers. Sie will gegen dessen Gattin (gesetzlicher Güterstand) als Alleinerbin Pflichtteilsansprüche geltend machen. Nachlasswert: 1 Mio. Euro. Die beiden Töchter des Erblassers haben je 50000 Euro für einen Erb- und Pflichtteilsverzicht erhalten.

1 Zum nichtehelichen Vater des verstorbenen Kinds s. Palandt/*Edenhofer*, § 2303 BGB Rz. 10.

2 Jüngst BGH v. 2.7.2008 – IV ZR 34/08, FamRB 2009, 81; OLG Stuttgart v. 11.8.2006 – 8 W 52/06, OLGReport 2007, 93; OLG Koblenz v. 27.11.2006 – 12 U 136/06, ZEV 2007, 378.

9 **§ 2309 BGB** vermeidet die Doppelbegünstigung eines Stamms durch Pflichtteilsansprüche und eine Vervielfältigung der Pflichtteilslast[1]. Dazu schränkt § 2309 BGB die konkrete Pflichtteilsberechtigung der **Enkel** ein. Enkel erhalten keinen Pflichtteil, soweit der nähere Abkömmling den Pflichtteil einfordert oder er eine seinen Pflichtteil deckende Zuwendung annimmt[2]. § 2309 BGB setzt also ein bestehendes (einzuschränkendes) Pflichtteilsrecht voraus und begründet keines, wenn die allgemeinen Voraussetzungen hierfür nicht gegeben sind[3].

10 Voraussetzungen für das **konkrete** Pflichtteilsrecht des **Enkels**:

– Der nähere Abkömmling eines Stammes muss „weggefallen" sein. § 1924 Abs. 2 BGB darf dem gesetzlichen Erbrecht des Enkels nicht entgegenstehen.

Beispiele:

Der Elternteil des Enkels stirbt vor dem Erbfall[4], ist **enterbt** (Vorversterbensfiktion, überwiegende Ansicht[5]) bzw. für erbunwürdig erklärt worden, hat ausgeschlagen[6] oder auf sein Erbrecht verzichtet.

– Der Enkel muss selbst pflichtteilsberechtigt sein[7] (Enterbung oder Fälle nach §§ 2305–2307 BGB).

Rechtsfolge von § 2309 BGB:

– Fall 1: Der Pflichtteil ist ausgeschlossen, wenn der Elternteil den Pflichtteil verlangen kann[8] bzw. dieser mit einem gesetzlichen Erben einen „Pflichtteilsverzicht" gemäß § 311b Abs. 5 BGB vereinbart hat[9].

– Fall 2: Der Anspruch des Enkels wird um den Wert des dem Elternteil Hinterlassenen gekürzt, soweit er es tatsächlich angenommen hat.

---

1 Soergel/*Dieckmann*, § 2309 BGB Rz. 1; *J. Mayer*, ZEV 1998, 433 (434); gute Kasuistik: *Bestelmeyer*, FamRZ 1997, 1124 ff.; S. auch Kapitel B XV Rz. 32–37.

2 *J. Mayer*, ZEV 1998, 433, Anm. zu OLG Celle v. 15.1.1998 – 22 W 115/97, ZEV 1998, 433.

3 OLG Köln v. 11.3.1998 – 13 W 14/98, OLGReport 1998, 346; MüKo/*Lange*, § 2309 BGB Rz. 2.

4 Staudinger/*Haas*, § 2309 BGB Rz. 8.

5 MüKo/*Lange*, § 2309 BGB Rz. 12; Soergel/*Dieckmann*, § 2309 BGB Rz. 10; Erman/*Schlüter*, § 2309 BGB Rz. 1; Palandt/*Edenhofer*, § 2309 BGB Rz. 2 und § 1938 BGB Rz. 3; a.A. Staudinger/*Haas*, § 2309 BGB Rz. 13 ff., 31 (Enterbung des näheren Abkömmlings begründet kein Pflichtteilsrecht des entfernteren Abkömmlings); *Bestelmeyer*, FamRZ 1997, 1124 (1130 f.). Nach dieser Mindermeinung führt z.B. die Pflichtteilsentziehung bzw. Pflichtteilsunwürdigkeit des näheren Abkömmlings nicht zum Pflichtteilsrecht des entfernteren Abkömmlings.

6 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 2 Rz. 30.

7 Soergel/*Dieckmann*, § 2309 BGB Rz. 16.

8 *Lange/Kuchinke*, S. 823 (Fn. 64). Es entscheidet die wahre Rechtslage. Der Enkel ist auch ausgeschlossen, wenn der Pflichtteil von seinem Elternteil nicht, nur teilweise oder erst nach Ablauf der Verjährungsfrist verlangt wird., Staudinger/*Haas*, § 2309 BGB Rz. 21.

9 OLG Celle v. 17.11.2003 – 6 W 100/03, OLGReport 2004, 93.

Beispiel:

Vermächtnis[1]. Umstritten ist, ob das Hinterlassene auch eine lebzeitige Zuwendung sein kann. Die h.M.[2] bejaht dies nach dem Schutzzweck zu Recht. Nach a.A.[3] ist das Hinterlassene stets der Nachlass. Der Streit hat keine große Bedeutung. Die Enkel werden regelmäßig bereits nach § 1924 Abs. 2 BGB ausgeschlossen sein.

Das **Pflichtteilsrecht der Eltern** des Erblassers ist – sofern es nicht nach § 1930 BGB ausgeschlossen ist – ebenfalls durch § 2309 BGB eingeschränkt[4]. 11

Zur **Beratungssituation**: Die Alleinerbin hat eine gesetzliche Erbquote von ¾, Mandantin von ¼, §§ 1931 Abs. 1, 2, 1925 Abs. 1, 3 BGB. Die Töchter des Erblassers werden nicht berücksichtigt, § 2310 Satz 2 BGB. Mandantin ist enterbt. Ihr Pflichtteil wird gekürzt durch die lebzeitige Abfindung an die Kinder für den Erbverzicht: Nachlasswert 1 Mio. Euro × Pflichtteilsquote ⅛ = 125 000 Euro – 100 000 Euro = 25 000 Euro.

2. Entstehung des Pflichtteils

a) Ausschluss von der Erbfolge

➲ **Beratungssituation:** Mandant ist neben seinen drei gehässigen Geschwistern Erbe seiner Mutter. Er will das Erbe ausschlagen, um den bequemen Geldpflichtteil zu erhalten.

Der Anspruch setzt voraus, dass der Pflichtteilsberechtigte durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen ist, § 2303 BGB. Die Enterbung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. 12

Beispiele:

„Mein Sohn X ist enterbt". Sie erfolgt stillschweigend, wenn der Nachlass erschöpfend anderen Personen zugewendet wird[5].

➲ **Beratungshinweis:**

– Im Testament ist nicht anzuordnen, dass der „Pflichtteil zugewendet" wird. Hier sind drei Auslegungen denkbar: Der Betroffene ist enterbt und auf den Pflichtteil verwiesen, Erbe in Höhe seiner Pflichtteilsquo-

1 Staudinger/*Haas*, § 2309 BGB Rz. 22; MüKo/*Lange*, § 2309 BGB Rz. 14.
2 OLG Celle v. 15.1.1998 – 22 W 115/97, NJW 1999, 1847 (Abfindung für Erbverzicht); Palandt/*Edenhofer*, § 2309 BGB Rz. 5.3. Denkbar sind auch Zuwendungen nach §§ 2315, 2316 BGB, *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 2 Rz. 36; Staudinger/*Haas*, § 2309 BGB Rz. 23.
3 *Pentz*, NJW 1999, 1835 ff.
4 *Bestelmeyer*, FamRZ 1997, 1124 (1125). Soweit ein Erbverzicht der Abkömmlinge des Erblassers deren Pflichtteilsrecht nach §§ 2346, 2349 BGB beseitigt, besteht ein Pflichtteilsrecht der Eltern nur, wenn Abkömmlinge eines anderen Stamms fehlen, § 2350 Abs. 2 BGB.
5 BGH v. 22.3.2006 – IV ZR 93/05, ZEV 2006, 263.

te oder Vermächtnisnehmer in Höhe seines Pflichtteils. Gemäß **§ 2304 BGB** liegt im Zweifel keine Erbeinsetzung vor. Dann ist auszulegen, ob der Erblasser ein Vermächtnis oder eine Enterbung wollte. Maßgeblich ist, ob der Erblasser die Pflichtteilsberechtigten begünstigen (Vermächtnis) oder ihnen nur belassen wollte, was er ihnen nach dem Gesetz nicht entziehen konnte (Enterbung)[1].

– Zu **warnen** ist auch vor einem reinen Enterbungstestament nach **§ 1938 BGB** ohne Erbeinsetzung[2]. Denn die gesetzliche Erbfolge führt nur in Ausnahmefällen zu gewünschten Ergebnissen.

13 Die Enterbung muss **gewollt** sein. Hat der Erblasser den Pflichtteilsberechtigten infolge Unkenntnis oder Irrtums „übergangen", ist die Anfechtung nach §§ 2079, 2281 Abs. 1, 2078 Abs. 2 BGB möglich, um den gesetzlichen Erbteil zu erhalten[3]. Das Pflichtteilsverlangen kann die Anfechtung nach § 141 BGB ausschließen[4], soweit kein Anfechtungsvorbehalt erklärt wurde. Der Enterbungswille hat in der letztwilligen Verfügung unzweideutig zum Ausdruck zu kommen[5]. Eine Enterbung ist regelmäßig gegeben, wenn dem Betroffenen der Pflichtteil entzogen wird[6]. Eine Enterbung kann nach allgemeiner Meinung weder wechselbezüglich (§ 2270 Abs. 3 BGB) noch vertragsmäßig sein (§ 2278 Abs. 2 BGB)[7].

➲ **Beratungshinweis:** Die Enterbung muss und sollte nicht begründet werden[8].

14 Die Enterbung erstreckt sich im Zweifel **nicht** auf den **Stamm des Enterbten**[9]. Der Erblasser sollte aber immer verfügen, ob sich die Enterbung nur auf eine einzelne Person oder den gesamten Stamm bezieht[10]. Bei **Verwirkungsklauseln** erfasst indes die Enterbung im Verwirkungsfalle regelmäßig den ganzen

1 BGH v. 7.7.2004 – IV ZR 135/03, ZEV 2004, 374; OLG Nürnberg v. 21.5.2001 – 5 U 1132/01, FamRZ 2003, 1229.
2 Die Enterbung kann in einem Erbvertrag nur einseitig und nicht vertragsgemäß erfolgen, OLG München v. 13.9.2005 – 31 Wx 064/05, OLGReport 2006, 16.
3 Beispielhaft BayObLG v. 26.3.2004 – 1 Z BR 114/03, ZErb 2004, 389 (§ 2079 BGB); Staudinger/*Haas*, § 2303 BGB Rz. 61.
4 LG Heidelberg v. 3.4.1991 – 8 O 392/90, NJW-RR 1991, 969; Staudinger/*Haas*, § 2303 BGB Rz. 62.
5 BayObLG v. 2.3.1992 – BReg. 1 Z 46/91, FamRZ 1992, 986, Palandt/*Edenhofer*, § 1938 BGB Rz. 2.
6 BayObLG v. 18.1.2000 – 1 Z BR 133/99, ZEV 2000, 280 (anders, wenn der Erblasser durch die Pflichtteilsentziehung Anreiz geben wollte, dass die Erbschaft nicht ausgeschlagen wird).
7 OLG München v. 13.9.2005 – 31 Wx 064/05, MittBayNot 2006, 57.
8 BGH v. 14.1.1965 – II ZR 131/63, NJW 1965, 584 (Falsche Begründung führt die Vermutung nach sich, dass die Enterbung hierauf beruht. Anfechtungsgefahr, §§ 2079, 2281 Abs. 1, 2078 BGB); Palandt/*Edenhofer*, § 1938 BGB Rz. 2.
9 BayObLG v. 1.6.1989 – BReg. 1a Z 17/88, FamRZ 1989, 1232; Staudinger/*Haas*, § 2303 BGB Rz. 60; Palandt/*Edenhofer*, § 1938 BGB Rz. 3; a.A. ist vorzugswürdig, *Scherer*, ZEV 1999, 41 ff.
10 *Scherer*, ZEV 1999, 41 (45).

Stamm[1]. Insoweit wird es dem Erblasserwillen nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht entsprechen, den Stamm durch Gewährung eines Erb- und Pflichtteils doppelt zu berücksichtigen. Dasselbe gilt für den Stamm des Abkömmlings, der die Erbschaft ausschlägt und den Pflichtteil verlangt[2].

Enterbt sind der Auflagenbegünstigte[3] sowie der bloße **Schlusserbe** und **Ersatzerbe**[4] nach § 2096 BGB, soweit die Ersatzerbschaft noch nicht angefallen ist. Wird er Erbe, ist ein erhaltener Pflichtteil nach §§ 812 ff. BGB zurückzuzahlen. **Nicht** vom Erblasser enterbt ist derjenige, der kraft Gesetzes oder eigener Erklärung[5] nicht Erbe wird: 15

- Der auf ein Erb- oder Pflichtteilsrecht Verzichtende bzw. Betroffene (§§ 2346, 2349 BGB), der nach § 2309 BGB Ausgeschlossene, der Pflichtteilsunwürdige (§ 2345 Abs. 2 BGB), der auf eine Zuwendung Verzichtende[6] (§ 2352 BGB), der nur bedingt (Nacherbe[7]), befristet oder unter der Pflichtteilsquote zum Erben Eingesetzte, der nach § 311b Abs. 5 BGB schuldrechtlich auf seinen gesetzlichen Erbteil zugunsten eines Miterben Verzichtende[8], der gleichzeitig mit dem Erblasser Versterbende[9], der einen vorzeitigen Erbausgleich Vereinbarende (§ 2338a BGB a.F.) sowie derjenige, dem der Pflichtteil entzogen wurde (§§ 2333 ff. BGB).
- Der die Erbschaft Ausschlagende. Er kann keinen Pflichtteil, sondern nur Pflichtteilsergänzungsansprüche geltend machen. Ein **Pflichtteil** trotz **Ausschlagung** ist die **Ausnahme**[10]. Es besteht nur in drei Fällen gemäß §§ 1371 Abs. 3, 2306, 2307 BGB. Die frist- und formgemäße Anfechtung der Ausschlagung wegen Irrtums nach § 2308 BGB oder § 119 BGB kann den Pflichtteil retten, soweit kein bloßer unbeachtlicher Rechtsfolgenirrtum vorliegt[11].

---

1 BayObLG v. 18.9.1995 – I Z BR 34/94, FamRZ 1996, 440; Staudinger/*Haas*, § 2303 BGB Rz. 60.
2 OLG München v. 25.7.2006 – 31 Wx 39/06 u. 40/06, MDR 2007, 36 (§§ 2069, 2096 BGB); Palandt/*Edenhofer*, § 2069 BGB Rz. 4; anders bei abweichendem Erblasserwillen, BayObLG v. 2.3.2000 – 2 Z BR 144/99, ZEV 2000, 274.
3 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 2 Rz. 37.
4 OLG Oldenburg v. 13.11.1990 – 5 U 76/90, NJW 1991, 958; Staudinger/*Haas*, § 2303 BGB Rz. 51.
5 Staudinger/*Haas*, § 2303 BGB Rz. 64.
6 *J. Mayer*, ZEV 1996, 127 (131).
7 BGH v. 4.12.1980 – IVa ZR 46/80, NJW 1981, 205; BGH v. 8.10.1997 – IV ZR 236/96, NJW 1998, 543 (Abgrenzung zur Ersatzerbschaft).
8 BGH v. 23.11.1994 – IV ZR 238/93, NJW 1995, 448; a.A. Staudinger/*Haas*, § 2303 BGB Rz. 43 (nur Abtretung künftiger Forderung).
9 OLG Frankfurt v. 11.7.1997 – 20 W 254/95, NJW 1997, 3099 (Abgrenzung zu § 2317 Abs. 2 BGB).
10 *Malitz*, ZEV 1998, 415; Staudinger/*Haas*, § 2303 BGB Rz. 42, § 2308 BGB Rz. 8; *Nieder/Kössinger*, § 25 Rz. 26.
11 S. Rz. 177; Staudinger/*Haas*, § 2303 BGB Rz. 42.

Zur **Beratungssituation**: Mandant kann sich durch eine Ausschlagung nicht auf den „bequemen" Geldanspruch zurückzuziehen, um einer komplizierten und streitanfälligen Nachlassabwicklung aus dem Weg zu gehen.

b) Erbfall

16 Nach § 2317 Abs. 1 BGB entsteht ein Pflichtteilsanspruch mit dem Erbfall. Das gilt auch, wenn der Anspruch erst durch Ausschlagung nach §§ 2306 Abs. 1, 2307, 1371 Abs. 3 BGB auflebt bzw. wenn ein vorhergehender Berechtigter i.S. v. § 2309 BGB ausschlägt oder für erbunwürdig erklärt wird[1].

3. Pflichtteilsquote

a) Grundschema der Quotenermittlung

➲ **Beratungssituation:** Mandant ist nach dem Tod seiner Mutter pflichtteilsberechtigt. Eine Schwester ist gewillkürte Alleinerbin, die auf ihr gesetzliches Erbrecht verzichtet hat. Die andere Schwester hat einen Pflichtteilsverzichtsvertrag geschlossen. Pflichtteilsquote des Mandanten?

17 Die **Pflichtteilsquote** wird stets zum Zeitpunkt des Erbfalls nach folgendem **Grundschema** ermittelt:

– Der **fiktive gesetzliche Erbteil** des Pflichtteilsberechtigten ist zu bestimmen. Die Höhe des Erbteils hängt von der Zahl der gesetzlichen Erben ab. Der Erbteil als Abkömmling, Elternteil oder Ehegatte ist maßgeblich[2]. Wer ist mitzuzählen? **§ 2310 Satz 1 BGB** bestimmt, dass nicht die konkrete, sondern die abstrakte gesetzliche Erbquote entscheidet. Danach werden auch diejenigen mitgezählt, die bei konkreter gesetzlicher Erbfolge als nicht lebend ausgeschlossen sein würden: Der die Erbschaft Ausschlagende, der Erb- und Pflichtteilsunwürdige, der auf den Pflichtteil Verzichtende[3] sowie derjenige, dem der Pflichtteil entzogen wurde. Nicht mitgezählt wird der auf sein Erbe Verzichtende, wenn er sich nicht den Pflichtteil vorbehalten hat[4], § 2310 Satz 2 BGB. Ein **Erbverzicht erhöht** damit die Pflichtteilsquote anderer Angehöriger. Das gilt nur dann nicht, soweit sich der Erbverzicht entgegen § 2349 BGB nicht auf die Abkömmlinge des Verzichtenden erstreckt (**Haftungsrisiko**)[5].

➲ **Beratungshinweis:** Keinen Erbverzicht, sondern nur einen Pflichtteilsverzicht empfehlen.

---

1 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 3 Rz. 3; Hinweise zur a.A. Staudinger/*Haas*, § 2317 BGB Rz. 4f (keine praktische Bedeutung).

2 Der besondere Erbteil nach §§ 1927, 1934 BGB bleibt unberücksichtigt.

3 BGH v. 17.3.1982 – IVa ZR 27/81, NJW 1982, 2497.

4 Soergel/*Dieckmann*, § 2310 BGB Rz. 11; OLG Düsseldorf v. 25.7.2008 – 7 U 22/06, ZEV 2008, 523.

5 Staudinger/*Haas*, § 2310 BGB Rz. 16.

Nicht mitgezählt werden auch die vor oder gleichzeitig mit dem Erblasser Verstorbenen, soweit nicht deren Abkömmlinge zum Zuge kommen.

– Pflichtteilsquote = fiktiver gesetzlicher Erbteil: 2. Zur **Beratungssituation**: Die auf ihr gesetzliches Erbrecht verzichtende Schwester wird nicht mitgezählt, § 2310 Satz 2 BGB. Die auf den Pflichtteil verzichtende Schwester wird mitgezählt. Es verbleiben zwei Kinder mit einem Erbteil von je ½, § 1924 Abs. 1, 4 BGB. Die Pflichtteilsquote beträgt ¼.

b) Pflichtteilsquote von Ehegatten und gleichgeschlechtlichen Lebenspartnern

➲ **Beratungssituation:** Mandant ist im gesetzlichen Güterstand verheiratet. Er fragt, ob er durch ein Testament die Pflichtteilsquote seiner Frau beeinflussen kann. Er will seine Gattin benachteiligen und seine Kinder begünstigen. Zugewinn besteht nicht.

Die Erb- und Pflichtteilsquote des Ehegatten richtet sich nach dem ehelichen Güterstand und der Anzahl der Verwandten[1]. 18

Die Erb- und Pflichtteilsquote von gleichgeschlechtlichen Lebenspartnern i.S.d. LPartG richtet sich nach §§ 10, 6 LPartG[2]. Der Lebenspartner wird pflichtteilsrechtlich wie ein **Ehegatte** behandelt, § 10 Abs. 6 LPartG. Auch bei ihm hängt die Quote vom Güterstand und der Anzahl der Verwandten ab, § 10 Abs. 1, 2 LPartG. Nach § 6 LPartG gilt der Güterstand der Zugewinngemeinschaft, wenn nicht durch Lebenspartnerschaftsvertrag gemäß § 7 LPartG der Güterstand der Gütertrennung oder Gütergemeinschaft vereinbart wurde. Beim Güterstand der Zugewinngemeinschaft ist die Erbteilserhöhung nach § 6 LPartG, § 1371 BGB, zu beachten. Von einer gesonderten Darstellung wird abgesehen.

aa) Güterstand der Zugewinngemeinschaft

Beim Tod eines Ehegatten wird der Zugewinnausgleich durch eine pauschale Erhöhung des gesetzlichen Erbteils nach § 1931 Abs. 1, 2 BGB um ¼ verwirklicht, §§ 2303 Abs. 2 Satz 2, 1371 Abs. 1 BGB. Ob Zugewinn erzielt wurde, ist unerheblich[3]. Voraussetzung für den **großen Pflichtteil** aus dem pauschal um ¼ erhöhten gesetzlichen Erbteil (sog. erbrechtliche Lösung): 19

– Der Ehegatte wird gesetzlicher oder gewillkürter **Erbe**, auch Alleinerbe[4].

---

1 Bei Ehegatten ausländischer Staatsangehörigkeit Güterrechtsstatut nach Art. 14–17 EGBGB prüfen, s. Kapitel F Rz. 109 ff. § 1371 Abs. 1 BGB kommt nach richtiger Ansicht nur bei Geltung deutschen Güterrechts zum Zuge, *Süß* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 15 Rz. 184 ff., s. Kapitel F Rz. 117 ff.

2 Mit Wirkung zum 1.1.2005 ist das LPartG neu gefasst. Übergangsvorschrift Art. 229 § 11 EGBGB. Das lebenspartnerschaftliche Güterrecht ist nun dem ehelichen Güterrecht angepasst, §§ 6, 7 LPartG.

3 BayObLG v. 15.2.1971 – BReg. 1 Z 90/70, NJW 1971, 991; Staudinger/*Haas*, § 2303 BGB Rz. 89.

4 BGH v. 21.3.1962 – IV ZR 251/61, NJW 1962, 1719.

– Der Ehegatte nimmt zumindest ein ihm zugewendetes **Vermächtnis** an[1]. Weder ein gesetzliches Vermächtnis nach §§ 1969 Abs. 2, 1932 Abs. 2 BGB[2] noch ein ausgeschlagenes Vermächtnis bzw. eine den Ehegatten begünstigende Auflage oder Testamentsvollstreckung[3] verhelfen zum großen Pflichtteil.

Wenn der Ehegatte **weder Erbe noch Vermächtnisnehmer** wird, gilt die sog. **güterrechtliche Lösung**, §§ 2303 Abs. 2, 1371 Abs. 2 BGB:

– Es besteht ein Anspruch auf Ausgleich tatsächlich erzielten **Zugewinns**, §§ 1373–1383, 1390 BGB. Schuldner ist der Erbe des verstorbenen Ehegatten. Der Anspruch ist unabhängig davon, ob der überlebende Ehegatte erb- oder pflichtteilsberechtigt ist. Kein Ausgleichsanspruch besteht, wenn der verstorbene Ehegatte keinen Zugewinn erzielt hat, § 1381 BGB vorliegt oder beide Ehegatten gleichzeitig versterben[4]. Das Endvermögen eines Ehegatten, der während eines rechtshängigen Scheidungsverfahrens, in dem die Ehe voraussichtlich geschieden worden wäre, verstorben ist, ist auch dann nach dem Bewertungsstichtag des § 1384 BGB zu ermitteln, wenn der überlebende Ehegatte durch Testament als Erbe ausgeschlossen wurde und den güterrechtlichen Ausgleich verlangt.[5]

– Daneben hat der Überlebende gem. § 1371 Abs. 2 BGB den Pflichtteil aus dem nicht erhöhten gesetzlichen Ehegattenerbteil nach § 1931 Abs. 1, 2 BGB, sog. **kleiner Pflichtteil**. Nach h.M.[6] kann der Ehegatte stets nur den kleinen Pflichtteil neben einem etwaigen Zugewinnausgleich geltend machen (Einheitstheorie). Es ist ihm nicht möglich, den großen Pflichtteil durch Verzicht auf den güterrechtlichen Zugewinnausgleich zu erlangen[7].

➲ **Beratungshinweis:** Der Erblasser kann durch seine letztwillige Verfügung steuern, ob er seinem Ehegatten den großen oder kleinen Pflichtteil zukommen lässt. Danach bestimmt sich auch der Schutz der Pflichtteilsquote des überlebenden Ehegatten nach §§ 2305, 2306 a.F. (Erbfälle bis 31.12.2009), 2307, 2318, 2319, 2325 BGB[8] und die Höhe der Erb- bzw. Pflichtteilsquote der anderen Pflichtteilsberechtigten.

20 Das Gesetz will dem Gatten stets zur Kombination kleiner Pflichtteil und Zugewinnausgleich verhelfen[9]. Daher hat auch der Ehegatte, der die **Erbschaft**

1 BGH v. 21.3.1962 – IV ZR 251/61, NJW 1962, 1719; BGH v. 17.3.1982 – IVa ZR 27/81, NJW 1982, 2497; Palandt/*Brudermüller*, § 1371 BGB Rz. 2 (Vermächtnis mit bloßem Erinnerungswert ist unzureichend).
2 Soergel/*Dieckmann*, § 2303 BGB Rz. 36.
3 Soergel/*Dieckmann*, § 2303 BGB Rz. 42.
4 BGH v. 28.6.1978 – IV ZR 47/77, NJW 1978, 1855; Palandt/*Brudermüller*, § 1371 BGB Rz. 13.
5 BGH v. 15.10.2003 – XII ZR 23/01, BGHReport 2004, 524.
6 BGH v. 25.6.1964 – III ZR 90/63, NJW 1964, 2404; BGH v. 17.3.1982 – IVa ZR 27/81, NJW 1982, 2497; Soergel/*Dieckmann*, § 2303 BGB Rz. 44.
7 Palandt/*Brudermüller*, § 1371 BGB Rz. 15 (h.M.).
8 Staudinger/*Haas*, § 2303 BGB Rz. 86.
9 Soergel/*Dieckmann*, § 2303 BGB Rz. 31.

oder ein Vermächtnis wirksam **ausschlägt**, nach § 1371 Abs. 3 BGB einen Pflichtteil. Das gilt auch, wenn er ihm durch Ausschlagung nach allgemeinen Bestimmungen nicht zustünde. Zu dieser sog. taktischen Ausschlagung s. Rz. 176.

bb) Gütertrennung und Gütergemeinschaft

21 § 1931 Abs. 1, 4 BGB vermeidet, dass der Erbteil eines Ehegatten im Güterstand der **Gütertrennung**[1] geringer ist als der eines Abkömmlings. Der Ehegattenerbteil beträgt neben einem Kind ½ oder zwei Kindern ⅓. Der Ehegatte erhält stets ¼, wenn mehr als zwei Kinder vorhanden sind. Beim Güterstand der **Gütergemeinschaft**[2] gilt die Grundregel des Ehegattenerbrechts, § 1931 Abs. 1, 2 BGB.

Zur **Beratungssituation**: Mandant kann seine Frau benachteiligen, wenn er sie in seinem Testament nicht als Erbin oder Vermächtnisnehmerin einsetzt. Dann hat seine Frau nach seinem Tode nur den sog. kleinen Pflichtteil vom nicht erhöhten gesetzlichen Ehegattenerbteil von ¼, also eine Pflichtteilsquote von ⅛. Daneben besteht kein Zugewinnausgleichsanspruch.

cc) Übersicht Erb- und Pflichtteilsquote

22

Ansprüche des überlebenden Ehegatten					Pflichtteil je Kind nach dem Tode des ersten verheirateten Elternteils		
	Verwandte der 1. Ordnung nach Anzahl der Kinder			keine Verwandten 1. Ordnung, nur 2. Ordnung			
	1	2	3		bei 1 Kind	bei 2 Kindern	bei 3 Kindern
Zugewinngemeinschaft							
Gesetzliche Erbquote bei erbrechtlicher Lösung („Normalfall“)		½ (¼ + ¼)		¾ (¾ + ¼)	¼	⅛	1/12
Großer Pflichtteil		¼		⅜			
Güterrechtliche Lösung		⅛ + ZA*		¼ + ZA*	⅜	3/16	3/24 (=⅛)
Gütertrennung							
Gesetzliche Erbquote	½	⅓	¼	½	¼	⅙	3/24 (=⅛)

1 § 1414 BGB.
2 §§ 1415 ff. BGB.

Ansprüche des überlebenden Ehegatten					Pflichtteil je Kind nach dem Tode des ersten verheirateten Elternteils		
	Verwandte der 1. Ordnung nach Anzahl der Kinder			keine Verwandten 1. Ordnung, nur 2. Ordnung			
	1	2	3		bei 1 Kind	bei 2 Kindern	bei 3 Kindern
Pflichtteil des Ehegatten	¼	⅙	⅛	¼			
Gütergemeinschaft							
Gesetzliche Erbquote		¼		½	⅜	3/16	3/24 (=⅛)
Pflichtteil des Ehegatten		⅛		¼			

* ZA = Etwaiger Zugewinnausgleich

➲ **Beratungshinweis:** Stets ist zu prüfen, ob sich der Erbteil des überlebenden Ehegatten erhöht (erb- oder güterrechtliche Lösung). Fehlerhafte Berechnungen – in der Praxis immer wieder festzustellen – bergen ein großes **Haftungsrisiko**.

c) Pflichtteilsquote von Kindern

➲ **Beratungssituation:** Mandantin wurde vom verstorbenen Vater enterbt. Ihr Bruder ist Alleinerbe. Ihre Mutter (gesetzlicher Güterstand) hat ein Vermächtnis ausgeschlagen. Mandantin fragt nach ihrer Pflichtteilsquote.

23 Die Pflichtteilsquote der Kinder richtet sich nach dem gesetzlichen Erbrecht des Ehegatten. Stets ist **erst** der **Erbteil des Ehegatten**, dann derjenige der Kinder festzustellen. Die Pflichtteilsquote kann nicht ermittelt werden, wenn der Güterstand des Erblassers oder seine Verfügung von Todes wegen unbekannt ist. Gleiches gilt, wenn ungewiss ist, ob der überlebende Ehegatte im gesetzlichen Güterstand das Hinterlassene ausschlägt.

➲ **Beratungshinweis:** In dieser Situation helfen nur Auskunftsansprüche[1].

Nach § 1924 Abs. 4 BGB erben Abkömmlinge zu gleichen Teilen. Ist ein Abkömmling eines Stamms vorverstorben, erben dessen Kinder kraft eigenen Erbrechts nach § 1924 Abs. 3 BGB.

Zur **Beratungssituation**: Der Erblasser war im gesetzlichen Güterstand verheiratet. Die überlebende Ehegattin hat das Vermächtnis ausgeschlagen. Sie ist weder Erbin noch Vermächtnisnehmerin. Ihre Erbquote von ¼ gemäß § 1931 Abs. 1 BGB erhöht sich nicht, § 1371 Abs. 2 BGB. Mandantin und ihr Bruder

1 S. Rz. 120.

teilen sich den restlichen Nachlass von ¾. Jeder hat eine fiktive Erbquote von ⅜. Mandantin hat eine Pflichtteilsquote von 3/16.

4. Höhe des Pflichtteils

a) Ermittlungsmethode

Der Pflichtteil besteht in der **Hälfte des Werts des gesetzlichen Erbteils**, § 2303 Abs. 1 Satz 2 BGB. Er folgt aus der Pflichtteilsquote und dem Wert des Nachlasses im Zeitpunkt des Erbfalls, sog. **realer Nachlass**. Die **Bemessungsgrundlage** des Pflichtteils kann sich in drei Fällen verändern: 24

- Der reale Nachlass am Todestag wird dadurch erhöht, dass ihm (für Erbfälle ab 1.1.2010 ggf. der nach § 2325 Abs. 3 BGB abgeschmolzene Wert der) Schenkungen des Erblassers in den letzten zehn Jahren vor seinem Tod hinzuzurechnen sind, sog**.** fiktiver Nachlass. Bei Schenkungen unter Ehegatten läuft die Zehnjahresfrist erst bei Auflösung der Ehe. Der Pflichtteil wegen der lebzeitigen Schenkungen des Erblassers heißt Pflichtteilsergänzungsanspruch, § 2325 BGB.
- Zugunsten oder zulasten von Abkömmlingen des Erblassers wird der reale Nachlass erhöht oder reduziert um den Wert von lebzeitigen Vorempfängen nach §§ 2316, 2050 ff. BGB, sog. fiktiver Nachlass. Der Pflichtteil wegen lebzeitiger Vorempfänge zwischen Erblasser und Abkömmlingen heißt Ausgleichs- oder Ausgleichungspflichtteil.
- Der reale Nachlass wird für denjenigen Pflichtteilsberechtigten erhöht, der vom Erblasser eine anrechnungspflichtige Zuwendung nach § 2315 BGB erhalten hat, sog. fiktiver Nachlass.

Die **Pflichtteilsermittlung** erfolgt schrittweise. Grundschema:

- Feststellung des **Nachlassbestands**.
- Feststellung des pflichtteilsrelevanten Aktivnachlasses.
- Feststelllung des pflichtteilsrelevanten Passivnachlasses.
- Feststellung des **Nachlasswerts**.
- Wertfeststellung des pflichtteilsrelevanten Aktivnachlasses.
- Wertfeststellung des pflichtteilsrelevanten Passivnachlasses.
- Pflichtteilsrelevanter Nettonachlass = Aktiv minus Passivnachlass.
- **Pflichtteil = Quote vom pflichtteilsrelevanten Nettonachlass**.

b) Feststellung des Nachlassbestands

aa) Aktivnachlass

➲ **Beratungssituation:** Mandant ist pflichtteilsberechtigt. Der Alleinerbe hatte beim Erblasser Schulden von 100 000 Euro. Der Erbe meint, die durch Konfusion erloschene Forderung sei nicht in den Aktivnachlass aufzunehmen. Zu Recht?

25 Der Todestag ist Stichtag für die Ermittlung des Nachlasses, § 2311 Abs. 1 BGB (**Stichtagsprinzip**). Damit ist eine klare gesetzliche **Risikoverteilung** gegeben. Nachträgliche Veränderungen werden nicht berücksichtigt[1]. Den Pflichtteilsberechtigten kümmert die Verschlechterung oder Zerstörung von Nachlassgegenständen nach dem Erbfall nicht. Dasselbe gilt, wenn Nachlassgegenstände unmittelbar nach dem Erbfall gestohlen werden oder abhanden kommen. Überdies ist die Kenntnis des Erben vom Erbfall für das Stichtagsprinzip unerheblich[2]. Dies kann zwar zu großen Härten führen. § 242 BGB darf prinzipiell aber nicht dazu führen, den Erben zu entlasten. Nur in seltenen Ausnahmefällen kann der Einwand des Erben nach § 242 BGB Beachtung finden (streitig)[3]. In der Judikatur sind solche Ausnahmefälle noch nicht entschieden worden. Umgekehrt kommen dem Pflichtteilsberechtigten auch günstige Veränderungen oder Nutzungen des Nachlasses[4] nicht zugute. **Beispiel:** Verzicht eines Gläubigers auf eine Nachlassschuld[5]. Gesetzliche Ausnahmen des Stichtagsprinzips sind in §§ 2315, 2316, 2325 ff. BGB geregelt[6].

Zum **Aktivnachlass** zählen alle vermögensrechtlichen Positionen des Erblassers. Das gilt auch für Nachlassgegenstände, die Sonderrechtsnachfolgeregeln unterworfen sind[7]. Es sind nicht nur bereits vom Erblasser begründete Rechte, sondern auch alle „unfertigen" Rechtsbeziehungen maßgeblich, die der Erblasser noch zu Lebzeiten eingeleitet hat, die aber erst mit oder nach seinem Tod endgültige Rechtswirkungen entfalten[8].

Zum Aktivnachlass zählen insbesondere:

26 – **Bausparvertrag** von Ehegatten: Im Nachlass ist im Zweifel der Hälfteanteil des verstorbenen Ehegatten, § 430 BGB[9]. Angesparte **Versicherungsguthaben** stehen ungeachtet der formalen Zuordnung der Versicherung im Zweifel beiden Ehegatten zu gleichen Teilen zu unabhängig vom Verhältnis der geleisteten Einzahlungen, § 742 BGB[10].

---

1 BGH v. 26.9.2001 – IV ZR 198/00, ZEV 2002, 21; BGH v. 14.7.1952 – IV ZR 74/52, NJW 1952, 1173.
2 Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 12.
3 S. BGH v. 26.9.2001 – IV ZR 198/00, ZEV 2002, 21 (keine Billigkeitskorrektur); MüKo/*Lange*, § 2311 BGB Rz. 2; Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 12; a.A. und zu großzügig RGRK/*Johannsen*, § 2311 BGB Rz. 2; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 6 (z.B. Börsencrash, den der Pflichtteilsberechtigte auch als Erbe getroffen hätte).
4 Vgl. BGH v. 14.7.1952 – IV ZR 74/52, NJW 1952, 1173.
5 Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 3.
6 Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 4 f.
7 Soergel/*Dieckmann*, § 2311 BGB Rz. 6.
8 BGH v. 9.6.1960 – VII ZR 229/58, BGHZ 32, 367 (nicht mit Rechten gemäß § 2313 BGB zu verwechseln); Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 13.
9 Vgl. BGH v. 31.3.2009 – XI ZR 288/08, MDR 2009, 757; OLG München v. 24.10.1991 – 1 U 3596/91, NJW-RR 1992, 498.
10 OLG Bremen v. 23.9.2008 – 4 W 6/08, NJW 2008, 3648 (Lebensversicherung/Ablösung Hausdarlehen); BGH v. 11.9.2002 – XII ZR 9/01, NJW 2002, 3702 (Sparguthaben).

– **Bankguthaben. Gemeinschaftskonto, Oder-Konto, Und-Konto:** Es gilt die Vermutung, dass sich der Anteil des Erblassers nach Kopfanteilen bestimmt, § 430 BGB[1]. Bei Ehegatten[2] und Partnern einer eheähnlichen Gemeinschaft[3] wird hälftige Inhaberschaft vermutet. Die Vermutung wird nicht dadurch entkräftet, dass das auf dem Oder-Konto angesammelte Guthaben ausschließlich oder überwiegend aus dem Einkommen eines Partners finanziert worden ist[4]. Ist das Konto überwiegend aus dem Vermögen eines Ehegatten gespeist, kommen ehebedingte Zuwendungen[5] in Betracht, die über § 2325 BGB ausgleichspflichtig sind. **Oder-Depot:** Hier gilt § 430 BGB nicht[6]. Für die Eigentumslage an depotverwahrten Wertpapieren stellt § 742 BGB eine schwach ausgeprägte Auslegungsregel für gleiche Anteile am Oder-Depot auf. Sie gilt nicht, wenn sich aus dem Parteiwillen etwas anderes ergibt oder wenn sie der Sachlage nicht gerecht wird[7]. Die Errichtung eines Oder-Depots dient i.d.R. nur der praktikableren Verfügung und gibt keinen Aufschluss über die Eigentumslage[8]. Anders liegt es, wenn durch das Oder-Depot eine Beteiligung des Ehegatten am gemeinsam Erarbeiteten erreicht werden sollte[9]. Im Zweifel ist derjenige berechtigt, der die Wertpapiere erworben hat. Auch wenn ein **Einzelkonto** auf den Ehegatten des Erblassers lautet, kann im Nachlass des Erblassers ein Anspruch auf Teilhabe am Kontoguthaben gemäß §§ 741 ff. BGB enthalten sein[10]. Dasselbe gilt für ein **Einzeldepot**[11]**.** Wenn ein Konto auf den Namen des Erblassers lautet, der Erbe indes behauptet, der Erblasser habe insoweit ein 27

1 BGH v. 29.11.1989 – IVb ZR 4/89, NJW 1990, 705.
2 BGH v. 25.2.1997 – XI ZR 321/95, NJW 1997, 1434; OLG Köln v. 18.3.1987 – 11 U 167/86, FamRZ 1987, 1139; Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 14; OLG Naumburg v. 24.11.2006 – 10 U 32/06, OLGReport 2007, 687.
3 OLG Celle v. 22.10.1981 – 12 U 8/81, FamRZ 1982, 63; *Ott-Eulberg/Schebasta/Bartsch*, Erbrecht und Banken, § 3 Rz. 149.
4 BGH v. 29.11.1989 – IVb ZR 4/89, NJW 1990, 705; OLG Köln v. 18.3.1987 – 11 U 167/86, FamRZ 1987, 1139; *Ott-Eulberg/Schebasta/Bartsch*, Erbrecht und Banken, § 3 Rz. 145 f.
5 Palandt/*Grüneberg*, § 430 BGB Rz. 2; *Ott-Eulberg/Schebasta/Bartsch*, Erbrecht und Banken, § 3 Rz. 145 f.
6 BGH v. 25.2.1997 – XI ZR 321/95, NJW 1997, 1434; Palandt/*Grüneberg*, § 430 BGB Rz. 2; *Ott-Eulberg/Schebasta/Bartsch*, Erbrecht und Banken, § 4 Rz. 10 f.
7 BGH v. 25.2.1997 – XI ZR 321/95, NJW 1997, 1434; OLG Frankfurt v. 27.2.2004 – 15 U 166/03, OLGReport 2005, 673; OLG Karlsruhe v. 4.7.2007 – 1 U 63/07, ZErb 2007, 457.
8 BGH v. 25.2.1997 – XI ZR 321/95, NJW 1997, 1434.
9 OLG Düsseldorf v. 21.6.1996 – 22 U 265/95, NJW-RR 1998, 918.
10 BGH v. 11.9.2002 – XII ZR 9/01, BGHReport 2003, 15 (leisten Ehegatten Einzahlungen auf ein Sparkonto und besteht Einvernehmen, dass die Ersparnisse beiden zugute kommen sollen – auch zur Altersvorsorge oder zugunsten ihrer Erben –, so steht ihnen die Forderung gegen die Bank im Innenverhältnis im Zweifel zu gleichen Anteilen zu); *Bonefeld*, ZErb 2003, 369; OLG Bremen v. 9.9.2005 – 4 W 24/05, OLGReport 2005, 607 (trotz Gütertrennung); OLG Naumburg v. 26.6.2006 – 10 U 23/06, OLGReport 2007, 313.
11 Vgl. OLG Celle v. 6.9.2006 – 15 U 1/06, OLGReport 2007, 479.

Fremdkonto eröffnet, so bedarf es hierfür bei der Kontoeröffnung eindeutiger Umstände[1].

28 – Forderungen des Erblassers, die durch **Konfusion**[2] (Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit in einer Hand) oder Konsolidation[3] erloschen sind.

29 – **Gütergemeinschaft:** Der Nachlass besteht in der Hälfte des Werts des Gesamtguts (§ 1416 BGB) sowie des Vorbehalts- (§ 1418 BGB) und Sonderguts (§ 1417 BGB) des Erblassers. Soll die Gütergemeinschaft aber nach §§ 1483 ff. BGB mit den Kindern fortgesetzt werden, fällt nur das Sonder- und Vorbehaltsgut in den Nachlass. **Gütertrennung** und **Zugewinngemeinschaft**: Die Vermögen der Gatten bleiben getrennt. Zum Nachlass zählt nur das Vermögen des Erblassers.

– **Anschaffungen** im Güterstand der Zugewinngemeinschaft und Gütertrennung: Persönliche Gegenstände stehen im Alleineigentum, angeschaffter **Hausrat** im Zweifel im hälftigen Miteigentum[4]. Ein **Kfz** ist Hausrat, wenn es überwiegend für das familiäre Zusammenleben genutzt werden soll[5] oder es das einzige Fahrzeug ist[6]. Die Haltereigenschaft eines Ehegatten oder dessen Eintragung in den Kfz-Brief ist nur ein Indiz[7].

30 – Anschaffungen in der **nichtehelichen Lebensgemeinschaft**: Hier wird grundsätzlich derjenige Eigentümer, der die Sachen anschafft, sofern kein anderer Wille zum Ausdruck kommt. Gesamthandsvermögen oder Miteigentum entstehen grundsätzlich nicht[8]. Im Übrigen gilt bei Haushalts- und gemeinsam genutzten Gegenständen die Miteigentumsvermutung von §§ 1006, 742 BGB[9].

31 – Kommerzielle Bestandteile des **Persönlichkeitsrechts** (Vermarktung von Name, Bild, Ruf) sind nach dem BGH vererbbar[10]. Dann ist der Nutzwert

---

1 *Ott-Eulberg/Schebasta/Bartsch*, Erbrecht und Banken, § 3 Rz. 6.

2 BGH v. 14.2.1975 – IV ZR 28/73, NJW 1975, 1123; BGH v. 22.10.1986 – IVa ZR 143/85, NJW 1987, 1260; SchlHOLG v. 19.1.1999 – 3 U 192/97, OLGReport 1999, 195; OLG Schleswig v. 15.8.2006 – 3 U 63/05, ZEV 2007, 277.

3 Vereinigung von Recht und dinglicher Belastung, Gutachten DNotI-Report 2004, 13.

4 BGH v. 13.3.1991 – XII ZR 53/90, NJW 1991, 2283; Palandt/*Brudermüller*, § 1357 BGB Rz. 20.

5 Palandt/*Brudermüller*, § 1357 BGB Rz. 11 und § 1361a BGB Rz. 5; BGH v. 24.10.1990 – XII ZR 101/89, MDR 1991, 343; OLG Frankfurt v. 13.10.2003 – 2 WF 319/03, FamRZ 2004, 1105; OLG Zweibrücken v. 1.7.2004 – 2 UF 84/04, FamRZ 2005, 902.

6 Instruktiv OLG Düsseldorf v. 23.10.2006 – II 2 UF 97/06, OLGReport 2007, 146; OLG Koblenz v. 7.7.2005 – 9 WF 371/05, OLGReport 2005, 787.

7 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 16.

8 Palandt/*Brudermüller*, Einl. v § 1297 BGB Rz. 22; OLG Düsseldorf v. 17.6.1998 – 11 U 80/97, MDR 1999, 233.18.12.1991 – 11 U 31/91, NJW 1992, 1706; MüKo/*Wacke*, nach § 1302 BGB Rz. 22.

9 OLG Düsseldorf v. 17.6.1998 – 11 U 80/97, MDR 1999, 233; Palandt/*Brudermüller*, Einl. vor § 1297 BGB Rz. 22; MüKo/*Wacke*, nach § 1302 BGB Rz. 22.

10 BGH v. 1.12.1999 – I ZR 226/97, ZEV 2000, 326; BGH v. 5.10.2006 – I ZR 277/03, ZEV 2007, 131; gebilligte Rechtsfortbildung: BVerfG v. 22.8.2006 – 1 BvR 1168/04, ZEV 2007, 129.

der Kommerzialisierung auch Bestandteil des pflichtteilsrelevanten Nachlasses[1].

– **Steuerrückerstattungsansprüche** für den Veranlagungsraum vor dem Todesjahr und das abgelaufene Rumpfsteuerjahr, für das eine Einkommensteuererklärung abzugeben ist. Bei gemeinsam veranlagten Ehegatten gilt: Hatte nur der Erblasser Einkünfte, fällt der gesamte Betrag in den Nachlass. Haben beide Ehegatten verdient, ist die fiktive Einzelveranlagung des Erblassers maßgeblich (streitig)[2]. Auch durch ertragsteuerlichen **Verlustvortrag** soll eine Steuerersparnis in den Aktivnachlass fallen[3]. Indes hat der BFH die Vererblichkeit von Verlustvorträgen nunmehr abgelehnt[4]. Nur für Altfälle kann der Verlustvortrag noch pflichtteilsrechtliche Bedeutung haben. 32

– Ansprüche des Erblassers nach dem **VermG**, wenn er nach dem 29.9.1990 verstorben ist[5]. 33

– Der Zuschlag eines Grundstücks im **Versteigerungsverfahren**, wenn der Erblasser zu Lebzeiten Zuschlagsberechtigter war[6]. 34

Zur **Beratungssituation:** Die durch Konfusion erloschene Forderung des Erblassers ist Teil des Aktivnachlasses.

Nicht zum Aktivnachlass zählen insbesondere:

– Laufende (nicht rückständige) Forderungen auf Gehalt, Rente, Miete, Pacht. Sie zählen nicht zum Vermögen, sondern zu Einkünften. 35

– Bedingte, unsichere und zweifelhafte Rechte nach **§ 2313 Abs. 1 BGB**[7]. 36

– Angelegte **Kautionen** des Erblassers als Vermieter[8] und andere Vermögenswerte, die der Erblasser **treuhänderisch** gehalten hat[9]. 37

– **Geleaste** Gegenstände. 38

– Vermögenswerte, auf die sich ein **beschränkter Pflichtteilsverzicht** bezieht. 39

---

1 *Klingelhöffer*, ZEV 2000, 327 (328, Recht i.S. § 2313 BGB).
2 S. Rz. 59.
3 *Klingelhöffer*, Rz. 242; *Meincke*, Steuerliche Chancen und Risiken als Nachlassbestandteil, Vortragsmanuskript zur ZEV-Jahrestagung 2002/2003, S. 27; *Riedel*, FS Damrau, 2007, 83 f. Beispiel: Immobilienerben konnten ihre Einkommensteuer mindern, indem sie von den Mieteinnahmen Verluste absetzten, die dem Erblasser durch Renovierungskosten entstanden waren.
4 BFH v. 17.12.2007 – GrS 2/04, DStR 2008, 545; hierzu *Piltz*, ZEV 2007, 376 ff.
5 Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 14; großzügiger OLG Köln v. 8.11.2001 – 12 U 111/01, ZFE 2002, 231.
6 Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 14.
7 S. Rz. 72 ff.
8 BGH v. 14.10.1992 – IV ZR 211/91, NJW-RR 1993, 131; Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 25a.
9 Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 25a.

40 – Nicht zur Entstehung gelangte **Rechtsverhältnisse** zwischen dem Erblasser und Dritten. Nach dem Tod des Erblassers ist der Abschluss von Rechtsgeschäften nach §§ 130 Abs. 2, 153 BGB möglich. Eine Annahmeerklärung ist dabei genau zu prüfen[1].

41 – Zulasten von Kindern und Eltern Gegenstände, die zum **Voraus** des Ehegatten zählen, soweit er ihm zusteht[2], §§ 2311 Abs. 1 Satz 2, 1932 BGB. Der Ehegatte muss also gesetzlicher Erbe werden[3].

42 – Alle Vermögenspositionen, die kraft Gesetzes oder Vereinbarung[4] **nicht vererblich** sind.

Beispiele:

höchstpersönliche Rechte, Ansprüche des verstorbenen Unterhaltsberechtigten nach §§ 1615, 1360a Abs. 3 BGB, Versorgungsansprüche von Hinterbliebenen (Rente, Pensionen, betriebliche Altersversorgung)[5]. Der Abfindungsanspruch des Arbeitnehmers ist nur vererblich, wenn der Erbfall nach Ablauf der Kündigungsfrist eintritt[6].

43 – Alle Vermögenspositionen, die mit dem Tode des Erblassers **erlöschen**.

Beispiele:

Nießbrauch[7] (§ 1061 Satz 1), persönliche Dienstbarkeit (§ 1090 Abs. 2 BGB), Wohnrecht, (§ 1093 BGB, anders das vererbliche Dauerwohnrecht, § 31 WEG).

44 – Alle Vermögenspositionen, die **außerhalb der Erbfolge** übergehen.

Beispiele:

Der Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall, insbesondere die begünstigende Lebensversicherung[8], das Eintrittsrecht nach §§ 563, 563a BGB, der Anteilserwerb des überlebenden Ehegatten am Gesamtgut nach § 1483 Abs. 1 BGB sowie rechtsgeschäftliche Nachfolgeklauseln bei Personengesellschaften[9].

45 – Das Vermögen einer **Vorerbschaft** des Erblassers, falls die Nacherbfolge mit seinem Tode eintritt[10]. Tritt der Nacherbfall später ein, besteht eine vererb-

1 Vgl. SchlHOLG v. 19.1.1999 – 3U 192/97, OLGReport 1999, 195.
2 *Kerscher/Riedel/Lenz*, § 4 Rz. 20.
3 OLG Naumburg v. 5.11.1999 – 6 U 51/99, OLGReport 2000, 433; *Worm*, RNotZ 2003, 535 (536).
4 BGH v. 30.11.1977 – IV ZR 165/76, NJW 1978, 423; Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 19.
5 *Klingelhöffer*, Rz. 240.
6 BAG v. 10.5.2007 – 2 AZR 45/06, ZEV 2007, 537.
7 OLG Frankfurt v. 20.10.1999 – 13 U 88/97, OLGReport 2000, 29 (Nießbrauch für Gesamtgläubiger gemäß § 428 BGB).
8 S. Rz. 215.
9 Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 20.
10 Dann können Ausgleichsansprüche z.B. nach §§ 2124 Abs. 2 I, 2134 BGB im Nachlass sein.

liche Vermögensposition, die zu bewerten ist[1]. Unberücksichtigt bleiben auch eine Erbschaft oder ein Vermächtnis, soweit die **Ausschlagung** fristgemäß erfolgt[2], bzw. der Anspruch des Erben aus **§ 2287 BGB**[3].

– Der Lottogewinn aus einem Los, das im Rahmen eines vom Erblasser abgeschlossenen Gewinnspielvertrags nach dem Erbfall erworben wurde, soweit der Erbe den Vertrag vor Erwerb des Loses hätte kündigen können[4]. 46

bb) Passivnachlass

➲ **Beratungssituation:** Mandantin wurde von ihrem Mann enterbt. Der Alleinerbe setzt vom Aktivnachlass ab: Grabpflegekosten, rückständige Steuerschulden aus gemeinsamer Veranlagung des Erblassers als Alleinverdiener, Rechtsanwaltskosten zur Pflichtteilsregulierung, aus einem Annuitätendarlehen Zinsen über den Erbfall hinaus bis zur nächsten Kündigungsmöglichkeit. Zu Recht?

Faustregeln:

Grundsätzlich sind nur Schulden abzugsfähig, die auch bei **gesetzlicher Erbfolge entstanden** wären[5], nicht jene, die aus einer Verfügung des Erblassers von Todes wegen herrühren[6]. 47

Zum Zeitpunkt des Erbfalls bestehende vererbliche Schulden[7] des Erblassers sind abzugsfähig. **Nach** dem **Erbfall** entstandene Schulden[8] nur, soweit deren Rechtsgrund und Notwendigkeit am Todestag bereits im Keim angelegt war[9]. Abzugsfähig sind auch Kosten, die den Pflichtteilsberechtigten getroffen hätten, wäre er Erbe geworden[10]. Eine **einredebehaftete**, verjährte Schuld bleibt unberücksichtigt[11].

---

1 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 24; s. auch BGH v. 26.9.2001 – IV ZR 198/00, NJW 2002, 672.
2 Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 8; MüKo/*Lange*, § 2311 BGB Rz. 6 (Ausnahme vom Stichtagsprinzip).
3 BGH v. 21.6.1989 – IVa ZR 302/87, NJW 1989, 2389. Hier sind Pflichtteilsergänzungsansprüche zu prüfen.
4 AG Pirmasens v. 20.5.1998 – 1 C 26/98, NJW-RR 1998, 1463.
5 Soergel/*Dieckmann*, § 2311 BGB Rz. 15 („testamentsspezifische" Kosten gehen grundsätzlich nicht zulasten des Pflichtteilsberechtigten); *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 28.
6 Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 26; Gutachten DNotI-Report 2004, 12.
7 Erblasserschulden, § 1967 Abs. 1 BGB.
8 Erbfallschulden, § 1967 Abs. 2 BGB.
9 Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 26, 39; Erman/*Schlüter*, § 2311 BGB Rz. 5. Zur „Billigkeit" BGH v. 14.7.1952 – IV ZR 74/52, NJW 1952, 1173.
10 MüKo/*Lange*, § 2311 BGB Rz. 13; Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 39; dies folgt aus der Erbersatzfunktion des Pflichtteils.
11 *Lange/Kuchinke*, § 37 VII 7a; Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 31; MüKo/*Lange*, § 2311 BGB Rz. 11.

Der Nachlass darf nicht mit Schulden belastet werden, die nach wirtschaftlicher Betrachtung nicht bestehen[1].

Beispiel:

Der Erblasser hat eine Schuld, die durch ein wirtschaftliches Äquivalent ausgeglichen wird, insbesondere Erstattungs- oder Regressansprüche.

➲ **Beratungshinweis:** Der Pflichtteilsberechtigte hat den Wert des Nachlasses für seine Ansprüche aus §§ 2303, 2325 ff. BGB zu beweisen. Daraus folgt auch, dass der Pflichtteilsberechtigte im Prozess das Nichtbestehen einer von ihm bestrittenen, vom Erben substanziiert dargelegten Nachlassverbindlichkeit zu beweisen hat[2].

Kasuistik abzugsfähiger Schulden:

48 – Notwendige **Anwalts- und Gerichtskosten**, wenn der Erbe das Verfahren nach verständiger Würdigung im Nachlassinteresse[3] führt. Die überwiegende Meinung verlangt nur, dass der Rechtsstreit im Nachlassinteresse nicht „mutwillig"[4] geführt wird. Kosten eines Erbscheinsverfahrens sind nicht abzugsfähig[5]. Anders liegt es, wenn das Verfahren vom Pflichtteilsberechtigten ohne berechtigten Anlass betrieben wurde. Kosten der Erbauseinandersetzung sind unerheblich[6]. Anwaltskosten des Erben für die **Pflichtteilsberechnung** sind nicht abzusetzen[7].

49 – **Auskunfts- und Wertermittlungskosten** nach § 2314 BGB[8], Feststellungskosten nach § 2313 Abs. 2 Satz 2 BGB.

50 – Angemessene **Beerdigungskosten**, § 1968 BGB. Die Grabpflege und Anlage eines Doppelgrabs[9] zählen nicht dazu, ebenso wenig die Reisekosten von Angehörigen zur Beerdigung nebst Verpflegung, von ihnen bestellten Kränze und Gestecke, die über das Sarggesteck hinausgehen[10], sowie die Kosten der Todesanzeige, wenn der Erbe die namentliche Aufnahme des Pflichtteilsberechtigten verwehrt, § 242 BGB[11].

1 BGH v. 8.5.1996 – IV ZR 112/95, ZEV 1996, 263.
2 BGH v. 11.6.2003 – IV ZR 410/02, ZEV 2003, 365.
3 BGH v. 8.5.1980 – IVa ZR 10/80, MDR 1980, 831; BGH v. 3.12.2008 – IV ZR 58/07, ZEV 2009, 77. Rechtsgedanke aus § 2313 Abs. 2 Satz 2 BGB.
4 Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 40.
5 Soergel/*Dieckmann*, § 2311 BGB Rz. 13.
6 Soergel/*Dieckmann*, § 2311 BGB Rz. 15.
7 Dies zählt zum Pflichtenkreis des Erben, der insoweit nicht durch § 2314 Abs. 2 BGB entlastet wird; *Gemmer*, EE 2008, 116; a.A. Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 40.
8 BGH v. 19.4.1989 – IVa ZR 85/88, FamRZ 1989, 856 (§ 2314 Abs. 2 BGB); s. Rz. 149.
9 BGH v. 20.9.1973 – III ZR 148/71, NJW 1973, 2103.
10 AG Bad Homburg v. 9.1.2008 – 7c C 13/07, Beck RS 2008, 19733.
11 OLG Koblenz v. 17.10.2001 – 9 U 166/01, ZEV 2002, 460.

– **Darlehen** nach h.M. mit dem Saldo per Todestag einschließlich angefallener Zinsen[1]. Dies weist eine Saldenbestätigung des Kreditinstituts aus. Nach aufgegebener a.A.[2] waren etwaige Bearbeitungskosten, Vorfälligkeitszinsen und Zinsen anzusetzen, die bis zum nächsten Kündigungstermin entstehen. Dies führte beim Annuitäten- bzw. Anschaffungsdarlehen zu einer erheblichen Nachlassverbindlichkeit. Die Mindermeinung war abzulehnen[3]. Sie verstieß gegen das Stichtagsprinzip und verkannte, dass dem Erben regelmäßig Nutzungen aus einer Finanzierung gegenüberstehen, auf die der Pflichtteilsberechtigte nicht zugreifen kann. Eine **Vorfälligkeitsentschädigung** wird in der Praxis zutreffend nicht als Nachlassverbindlichkeit angesetzt[4], was dogmatisch umstritten ist[5]. Fällt die Entschädigung aber an, weil ein Nachlassgegenstand zeitnah nach dem Tod veräußert wird, mindert sie dessen Wert[6]. **Kreditsichernde Lebensversicherungen**. **Beispiel:** Zur Sicherung des Darlehens von 100000 Euro tritt der Erblasser sein Bezugsrecht aus seiner Kapitallebensversicherung über 500000 Euro (Bezugsberechtigte ist seine Gattin) teilweise an eine Bank ab. Am Todestag des Erblassers ist noch eine Darlehensschuld von 10000 Euro offen. An sich fällt die Lebensversicherung nicht in den Nachlass. Die Darlehensschuld von 10000 Euro würde voll als Passivum eingestellt. Dies würde den Pflichtteilsberechtigten unbillig benachteiligen[7]. Der Nachlass ist wirtschaftlich nicht belastet, da die Schulden von der Lebensversicherung gesichert sind. Der BGH[8] hat daher entschieden, dass der Anspruch auf die Versicherungssumme in Höhe der gesicherten Darlehensschuld zum **Nachlass** zählt. Damit werden die Positionen wertneutral saldiert[9]. Beim Tode des Versicherungsnehmers erwirbt der **Bezugsberechtigte** die Versicherungsleistung, soweit sie die gesicherte Forderung übersteigt[10]. 51

– **Gesamtschulden**, soweit sie der Erblasser im Innenverhältnis nach § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB[11] zu tragen hat. Bei **Ehegatten** ist die Schuld im Zweifel 52

1 *Klingelhöffer*, Rz. 262.
2 Aufgabe ihrer in der 1. Auflage vertretenen Ansicht: *Ott-Eulberg/Schebesta/Bartsch*, Erbrecht und Banken, § 6 Rz. 19, 31, 99; anders noch *Riedel*, Die Bewertung von Gesellschaftsanteilen im Pflichtteilsrecht, 2006, § 3 Rz. 306.
3 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 31.
4 *Klingelhöffer*, Rz. 235.
5 Dogmatisch für den Abzug: *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 20; *Kasper* in Scherer, MAH Erbrecht, § 46 Rz. 46; Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 112a (wenn eine vernünftige Verwendungsentscheidung des Erben zugrunde liegt); a.A. nunmehr zu Recht *Ott-Eulberg/Schebasta/Bartsch*, Erbrecht und Banken, § 6 Rz. 19, 31, 99.
6 S. Rz. 83.
7 *Klingelhöffer*, Rz. 273 ff.
8 BGH v. 8.5.1996 – IV ZR 112/95, ZEV 1996, 263; *J. Mayer*, ZEV 2000, 905 (924).
9 *Kummer*, ZEV 1996, 264 (265); *Ott-Eulberg/Schebasta/Bartsch*, Erbrecht und Banken, § 6 Rz. 99.
10 BGH v. 12.12.2001 – IV ZR 124/00, MDR 2002, 579; OLG Koblenz v. 1.2.2007 – 2 U 898/05, ZEV 2007, 389.
11 BGH v. 6.12.1978 – IV ZR 82/77, NJW 1979, 546; Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 38.

zu halbieren. Hat der Erblasser als Alleinverdiener die Schuld im Innenverhältnis zu tragen[1], ist sie auch voll anzusetzen. Dies soll nach einer abzulehnenden Ansicht nicht gelten, wenn die Zahlungen des Erblassers das (nicht geerbte) Vermögen des überlebenden Ehegatten gemehrt haben[2]. Beispiel: Ein Immobiliendarlehen wird vom Ehemann bis zu seinem Tode alleine bezahlt, obwohl die Ehefrau hälftige Miteigentümerin ist.

53 – **Grundschulden, Hypotheken** Pfandrechte und Bürgschaften, die Verbindlichkeiten des Erblassers sichern, werden nicht Nachlass mindernd berücksichtigt[3]. Sichern sie **fremde** Schulden, sind sie nach richtiger Ansicht[4] nicht anzusetzen, wenn die Inanspruchnahme unsicher ist, § 2313 Abs. 2 BGB. Nach a.A. mindern Kreditsicherheiten den Nachlass, soweit sie valutiert sind[5]. Soweit ein werthaltiger Rückgriffs- bzw. Freistellungsanspruch des Erblassers besteht, stellt diese Meinung eine Nachlassforderung ein, so dass sich die Positionen wertneutral saldieren. Bei der Bewertung von Grundstücken bleiben Grundpfandrechte unberücksichtigt[6].

54 – Durch **Konfusion** erloschene Schulden[7]. Beachtlich ist ebenfalls eine Forderung nach § 812 Abs. 2 Satz 2 2. Halbs. BGB gegen den Nachlass, z.B. wegen frustrierter Erberwartung (streitig)[8].

55 – **Negative Kapitalkonten** nur, soweit der Erblasser zur Auffüllung seines Kontos verpflichtet ist[9]. Im Übrigen bleiben sie unberücksichtigt, da sie nur für den Wert der Beteiligung Bedeutung haben[10].

56 – Kosten für die **Nachlassverwaltung-, -sicherung und -pflegschaft**, die Inventarerrichtung, die Ermittlung der Nachlassgläubiger, das Aufgebotsverfahren, das Gläubigeraufgebot und solche des vorläufigen Erben sind nach h.M.[11] ohne weiteres Passivpositionen. Dies ist einzuschränken. Die Kos-

---

1 BGH v. 13.4.2000 – IX ZR 372/98, NJW 2000, 1944; Palandt/*Heinrichs*, § 426 BGB Rz. 11; OLG Köln v. 20.12.2005 – 4 U 17/05, OLGReport 2006, 309.

2 *Klingelhöffer*, Rz. 272 (mit alternativem Lösungsweg über unbenannte Zuwendungen, § 2325 BGB).

3 Dies führte zu einem unzulässigen doppelten Schuldansatz, *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 33.

4 OLG Köln v. 2.10.2003 – 2 W 95/03, ZEV 2004, 155 (Bürgschaft); Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 36; Soergel/*Dieckmann*, § 2313 BGB Rz. 8; s. auch Rz. 75.

5 *Klingelhöffer*, Rz. 265 ff.; OLG Düsseldorf v. 2.6.1995 – 7 U 108/94, NJW-RR 1996, 727 (Grundschuld für fremde Schuld).

6 *Zimmermann/Heller*, Verkehrswert von Grundstücken, 1999, S. 451 (Fn. 8).

7 SchlH OLG v. 19.1.1999 – 3 U 192/97, OLGReport 1999, 195.

8 *Haas/Holla*, ZEV 2002, 169 (172); a.A. OLG Karlsruhe v. 6.12.2001 – 9 U 47/01, ZErb 2002, 100 (keine Nachlassschuld zum Stichtag,) mit zutreffender Anm. *Bonefeld*.

9 *Klingelhöffer*, Rz. 278 ff. und ZEV 1995, 180 ff.

10 BGH v. 23.10.1985 – IVb ZR 62/84, FamRZ 1986, 37; Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 46.

11 OLG Celle v. 8.5.2003 – 6 U 208/02, OLGReport 2003, 304; Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 40; MüKo/*Lange*, § 2311 BGB Rz. 13; *Lange/Kuchinke*, S. 37 VII 7b; einschränkend Soergel/*Dieckmann*, § 2311 BGB Rz. 13 und *Klingelhöffer*, Rz. 286 (zur Nachlassverwaltung).

ten sind nur abzugsfähig, wenn die Maßnahmen im gebotenen Nachlassinteresse erfolgen, oder dem Pflichtteilsberechtigten von Vorteil, also zur Berechnung und Auszahlung des Pflichtteils förderlich sind[1]. **Testamentsvollstreckungskosten** bleiben grundsätzlich unberücksichtigt[2]. Ein Abzug ist nur möglich, wenn die Vollstreckung dem Pflichtteilsberechtigten einen Vorteil bringt. **Beispiel:** Der Erbe erspart Kosten für die Feststellung und Sicherung des Nachlasses, die der Pflichtteilsberechtigte nach § 2314 BGB anteilig zu tragen hätte. Überdies ist höchstens eine fiktive Gebühr des Testamentsvollstreckers für die Konstituierung (Erfassung) und Wertermittlung des Nachlasses[3] abzugsfähig. Eine Erhöhungsgebühr ist nur im Ausnahmefall, eine Verwaltungsgebühr nie abzugsfähig. Die Kosten der **Nachlassinsolvenz** sind unerheblich, wenn die Überschuldung nach dem Erbfall eintritt[4].

– Abzugsfähig sind Ansprüche aus einem auf den Tod befristeten **Herausgabevermächtnis** oder **Nachvermächtnis**, mit denen der Erblasser aus einem früheren Erbe belastet war[5]. Dasselbe gilt, wenn der überlebende Ehegatte mit einem Vermächtnis in Gestalt der **Jastrow'schen Pflichtteilsklausel** belastet ist, das bei seinem Tode fällig wird[6].

– Auf wiederkehrende Leistungen gerichtete Verbindlichkeiten wie **Nießbrauch, Wohnrecht, Leibgeding**, die mit ihrem abgezinsten Kapitalwert anzusetzen sind[7]. Abzuziehen ist auch die **Miete** für die Wohnung des Erblassers bis zur ersten Kündigungsmöglichkeit, wenn der Erbe die Mietwohnung nach § 564 BGB kündigt[8]. 57

– **Rückforderungsansprüche** von Sozialhilfeträgern nach § 102 SGB XII[9]. 58

– Rückständige, noch nicht veranlagte oder fällige **Steuerschulden** sind abzugsfähig, soweit sie in der Person des Erblassers entstanden sind[10]. Not- 59

1 Rechtsgedanke aus § 2313 Abs. 2 S. 2 BGB; s. auch BGH v. 10.7.1985 – IVa ZR 151/83, NJW 1985, 2828.
2 BGH v. 3.12.2008 – IV ZR 58/07, ZEV 2009, 77 (besondere Einzelfallumstände: Versachlichung bei verhärteten Fronten der Beteiligten ausreichend); BGH v. 10.7.1985 – IVa ZR 151/83, NJW 1985, 2828; *Becker/Horn*, ZEV 2007, 62 ff.
3 *Klingelhöffer*, ZEV 2000, 261 (262).
4 Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 46 (Nachlassinsolvenz am Todestag schließt einen Pflichtteil „mangels Masse" aus).
5 MüKo/*Lange*, § 2311 BGB Rz. 11; s. Rz. 340.
6 Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 46; s. Rz. 345.
7 BGH v. 14.12.2004 X ZR 3/03, ZEV 2005, 213 (Rentenverpflichtung); Palandt/*Edenhofer*, § 2311 BGB Rz. 3; MüKo/*Lange*, § 2311 BGB Rz. 24; s. Rz. 225 f.
8 *Fieser*, ZErb 2004, 348; für Abzug ohne jede Einschränkung *Kindshofer*, Erbfolgebesteuerung, 2003, 113 (116), vgl. KG v. 9.1.2006 – 8 U 111/05, NJW 2006, 2561 (§ 1967 BGB).
9 Palandt/*Edenhofer*, § 2311 BGB Rz. 3 und § 1967 BGB Rz. 11; Sächs. OVG v. 23.3.2006 – 4 E 318/05, ErbR 2006, 59 (§ 92c BSHG a.F.).
10 BGH v. 14.10.1992 – IV ZR 211/91, NJW 1993, 131; Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 32.

wendige Steuerberatergebühren sind abzugsfähig[1]. Bei gemeinsamer Veranlagung von **Ehegatten** gilt: Im Außenverhältnis zum Finanzamt haften die Ehegatten gesamtschuldnerisch. Abzugsfähig ist aber nur die Steuerschuld, die der Erblasser im Innenverhältnis nach § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB gegenüber seinen Ehegatten zu tragen hat. Nach richtiger Ansicht ist dies die Steuerschuld auf Grundlage fiktiver getrennter Veranlagung[2]. Nach a.A. hat jeder Ehegatte die Steuerschuld im Verhältnis zum jeweiligen Einkommen zu tragen[3]. Ist der Erblasser **Alleinverdiener**, trifft ihn im Innenverhältnis die volle Steuerschuld. Der überlebende Ehegatte kann sie voll ansetzen[4].

60 – **Unterhaltsansprüche**, sofern sie mit dem Tode des unterhaltsverpflichteten Erblassers nicht erlöschen[5], z.B. nach §§ 1615 Abs. 1 2. Halbs., 1615l Abs. 3, m, n und 1586b Abs. 1 BGB, § 16 Abs. 1 LPartG[6]. Große **praktische Bedeutung** hat der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten des Erblassers, der nach **§ 1586b BGB** auf den Erben als Nachlassverbindlichkeit übergeht[7]. Dasselbe gilt, wenn die Ehe noch nicht geschieden, das Erbrecht des Ehegatten aber nach § 1933 Satz 1 BGB weggefallen ist, § 1933 Satz 3 BGB. Die Haftung des Erben ist gemäß § 1586b Abs. 1 Satz 3 BGB auf den **fiktiven Pflichtteil** des Unterhaltsberechtigten **begrenzt**. Bei der Haftungsgrenze sind Pflichtteilsergänzungsansprüche einzubeziehen, die dem Unterhaltsberechtigten nach § 2325 BGB gegen den Erben zustünden, wenn seine Ehe mit dem Erblasser erst durch dessen Tod auflöst worden wäre[8]. § 2329 BGB ist hier aber nicht anwendbar[9]. Dies legt in der Praxis den Rat an den unterhaltsverpflichteten Erblasser nahe, lebzeitige Schenkungen vorzunehmen. Der Unterhaltsberechtigte hat stets nur die sog.

---

1 BGH v. 31.5.2006 – XII ZR 111/03, NJW 2006, 2623 (§§ 426 BGB, 270 AO); Palandt/*Edenhofer*, § 1353 BGB Rz. 12c; *J. Mayer* in *Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz*, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 15.

2 BGH v. 31.5.2006 – XII ZR 111/03, NJW 2006, 2623 (§§ 426 BGB, 270 AO); Palandt/*Edenhofer*, § 1353 BGB Rz. 12c; *J. Mayer* in *Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz*, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 15.

3 BGH v. 6.12.1978 – IV ZR 82/77, NJW 1979, 546; Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 32; MüKo/*Lange*, § 2311 BGB Rz. 12; a.A. *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 15 (fiktive Einzelveranlagung maßgeblich).

4 *Klingelhöffer*, Rz. 281; Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 32.

5 Mit dem Tod des Unterhaltsverpflichteten erlöschen Ansprüche auf Kindes-, Verwandten und Trennungsunterhalt, §§ 1360a Abs. 3, 1361 Abs. 4, 1615 Abs. 1 BGB.

6 MüKo/*Lange*, § 2311 BGB Rz. 11.

7 *Klingelhöffer*, ZEV 2007, 586 (587); *Haußleiter*, NJW-Spezial 2005, 535 f. Der Berechtigte kann vom Erben u.U. nach § 1585 Abs. 2 BGB eine Kapitalabfindung verlangen; a.A. *Kornexl*, Nachlassplanung bei Problemkindern, 2006, Rz. 470.

8 BGH v. 18.7.2007 – XII ZR 64/05, NJW 2007, 3207; BGH v. 29.11.2000 – XII ZR 165/98, MDR 2001, 453 und v. 5.2.2003 – XII ZR 29/00, NJW 2003, 1796.

9 BGH v. 18.7.2007 – XII ZR 64/05, NJW 2007, 3207; *Schindler*, FamRZ 2004, 1527 (1529); OLG Koblenz v. 28.8.2002 – 9 UF 745/01, ZEV 2003, 111; Palandt/*Edenhofer*, § 1586b BGB Rz. 7.

kleine Pflichtteilsquote vom nicht erhöhten gesetzlichen Ehegattenerbteil nach § 1931 Abs. 1 und 2 BGB (⅛ neben Kindern). Es spielt keine Rolle, in welchem Güterstand der Unterhaltsberechtigte mit dem Erblasser verheiratet war, § 1586b Abs. 2 BGB. Die **Reform** des Unterhaltsrechts ab 1.1.2008 lässt erwarten, dass in vielen Fällen schon vor der Grenze des fiktiven Pflichtteils der Unterhaltsanspruch erlischt, §§ 1569, 1578b, 1579 BGB[1]. Der Erbe hat **Verteidigungsmittel.** Beispiele: Er kann sich auf Härteklauseln nach § 1579 BGB[2] oder geringeren Bedarf des Unterhaltsberechtigten berufen[3] bzw. die Haftungsbeschränkung auf den Nachlass geltend machen, §§ 1975, 1990, 1992 BGB[4]. Unzulässig ist die Berufung des pflichtteilsberechtigten Erben auf § 2328 BGB[5]. Der Einwand der Leistungsunfähigkeit des Erblassers oder des Erben ist ebenfalls unerheblich, §§ 1586b Abs. 1 Satz 2, 1581 BGB. Im Streitfall ist das Familiengericht zuständig. Der Erbe kann Abänderungsklage nach § 323 ZPO[6] erheben oder die Haftungsbeschränkung nach § 1586b Abs. 1 Satz 3 BGB mit der Klage nach § 767 ZPO geltend machen[7]. Der Unterhaltstitel gegen den Erblasser kann auf den nach § 1586b BGB haftenden Erben umgeschrieben werden[8].

➲ **Beratungshinweis:** In der Praxis wird oft der volle fiktive Pflichtteil (Haftungsgrenze) als Nachlassverbindlichkeit gemäß § 1586b BGB eingestellt. Dies ist ungenau. Der Unterhaltsanspruch wird nach dem Erbfall nur pro rata temporis fällig und kann wegfallen. Klingelhöffer schlägt vor, die Unterhaltsansprüche nach dem Erbfall anhand der statistischen Lebenserwartung des Unterhaltsberechtigten zu errechnen und den Betrag dann abzuzinsen[9]. Ist der volle fiktive Pflichtteil vom Nachlasswert abgezogen worden, obwohl der Erbe letztlich weniger zahlen musste, hat der Pflichtteilsberechtigte insoweit einen Ausgleichsanspruch entsprechend § 2313 Abs. 1 Satz 3 BGB[10].

Nicht abzugsfähig sind Ansprüche aus §§ 1963[11], 1371 Abs. 4 BGB[12].

---

1 *Münch*, ZEV 2008, 571 (575); BT-Drs. 16/8954 vom 14.4.2008, S. 35, Anlage 4 zu Nr. 1.
2 Eine monatliche Unterhaltskürzung ändert aber nichts an der Haftsumme des fiktiven Pflichtteils, Erman/*Graba*, § 1586b BGB Rz. 3.
3 BGH v. 28.1.2004 – XII ZR 259/01, BGHReport 2004, 663. Instruktiv: *Schindler*, FamRZ 2004, 1527 ff.; *Haußleiter*, NJW-Spezial 2005, 535 f.
4 BGH v. 5.2.2003 – XII ZR 29/00, NJW 2003, 1796; BGH v. 18.7.2007 – XII ZR 64/05, NJW 2007, 3207.
5 BGH v. 18.7.2007 – XII ZR 64/05, NJW 2007, 3207; Palandt/*Edenhofer*, § 1586b BGB Rz. 2; a.A. OLG Koblenz v. 28.8.2002 – 9 UF 745/01, ZEV 2003, 111.
6 OLG Zweibrücken v. 27.10.2006 – 2 UF 58/06, OLGReport 2007, 406.
7 *Haußleiter*, NJW-Spezial 2005, 535 (536).
8 BGH v. 4.8.2004 – XII ZB 38/04, MDR 2004, 95.
9 *Klingelhöffer*, ZEV 2007, 586 (587); auch Erman/*Graba*, § 1586b BGB Rz. 9.
10 BT-Drs. 16/8954 vom 14.4.2008, S. 29, Anlage 3 zu Artikel 1 Nr. 7a – neu.
11 A.MüKo/*Lange*, § 2311 BGB Rz. 14; a.A. *Klingelhöffer*, Rz. 296.
12 Soergel/*Dieckmann*, § 2311 BGB Rz. 15.

61 – **Zugewinnausgleichsansprüche**, wenn der überlebende Ehegatte nicht Erbe oder Vermächtnisnehmer wird[1]. Dies gilt analog für den Lebenspartner gemäß § 6 LPartG[2].

– Ungeklärt ist, ob der überlebende Ehegatte gegen den Nachlass einen **Rückforderungsanspruch** geltend machen kann, wenn er dem Erblasser eine **unbenannte Zuwendung** gewährt hat[3]. Klingelhöffer plädiert hierfür. Es sei nicht einzusehen, dass ehebedingte Zuwendungen Pflichtteilsergänzungsansprüche auslösen, aber der Pflichtteilsberechtigte auch noch davon profitiere, wenn der überlebende Ehegatte den Nachlass durch eine ehebedingte Zuwendung erhöht habe. Klingelhöffer zitiert ein altes Urteil des BGH[4], in dem als pflichtteilsrelevante Nachlassverbindlichkeit ein Geldbetrag abgezogen wurde, den die überlebende Ehegattin dem Erblasser zum Erwerb einer Nachlassimmobilie zugeschossen hatte, ohne dass ein Darlehen oder ein Gesellschaftsverhältnis vorlag. Klingelhöffers Forderung ist zuzustimmen. Indes hat der BGH entschieden, dass derjenige, der seinem Ehegatten eine ehebedingte Zuwendung gewährt hat, nach Beendigung der Ehe durch dessen Tod grundsätzlich keinen Ausgleichsanspruch gegen den Erben hat, wenn Ansprüche aus Auftrag, Darlehen, Geschäftsführung ohne Auftrag oder Ehegatteninnengesellschaft nicht vorliegen[5]. Der BGH hat offen gelassen, ob in Ausnahmefällen etwas anderes gelten kann. Dies sollte jedenfalls der Fall sein, wenn es um wesentliche ehebezogene Zuwendungen geht, mit denen der Erblasser lebzeitig einen Vermögenswert von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung geschaffen hat. Bei Beendigung einer **nichtehelichen Lebensgemeinschaft** hat der BGH jüngst entsprechende Ausgleichsansprüche zuerkannt und seine frühere gegenteilige Rspr. aufgegeben[6].

Kasuistik nicht abzugsfähiger Schulden:

62 – Verbindlichkeiten des Erblassers aus einem **überschuldeten Drittnachlass**, wenn der Erbe von der möglichen Haftungsbeschränkung keinen Gebrauch macht[7].

---

1 BGH v. 21.3.1962 – IV ZR 251/61, NJW 1962, 1719 (Fälle von § 1371 Abs. 2 u. 3 BGB).

2 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 40.

3 *Klingelhöffer*, Rz. 277, ebenso *Johannsen*, WM 1973, 530 (541); Palandt/*Edenhofer*, § 2311 BGB Rz. 3 (Ansprüche aus „gemeinschaftlicher Wirtschaftsführung").

4 BGH v. 25.10.1972 – IV ZR 120/72 (nicht veröffentlicht), zitiert von *Johannsen*, WM 1973, 530 (541).

5 BGH v. 4.4.1990 – IV ZR 42/89, NJW-RR 1990, 834 (bei Gütertrennung); Palandt/*Grüneberg*, § 313 BGB Rz. 52.

6 BGH v. 18.2.2009 – X ZR 163/07, MDR 2009, 693; BGH v. 9.7.2008 – XII ZR 179/05, NJW 2008, 3277; BGH v. 9.7.2008 – XII ZR 39/06, NJW 2008, 3282; hierzu *Langenfeld*, ZEV 2008, 494 f.; *Bruch*, MittBayNot 2009, 142; *Majer*, NJOZ 2009, 114; *Grziwotz*, FamRZ 2008, 1829 f. Indes sollen die Ausgleichsansprüche nach einer Ansicht nicht bei der Beendigung der Gemeinschaft durch Tod eines Partners gelten, *Coester*, JZ 2008, 315 (316); *Löhnig*, DNotZ 2009, 59 (61); *von Proff*, NJW 2008, 3266 (3269). Danach sind die Pflichtteilsberechtigten nur durch § 2325 BGB geschützt.

7 Staudinger/*Haas*, § 23142311 BGB Rz. 34.

– Laufende **Grabpflegekosten**[1]. 63

– **Erbschaftsteuern**, Kosten der Erbschaftsteuererklärung und eines etwaigen Rechtsbehelfsverfahrens[2]. Abzulehnen ist die Ansicht, dass eine erbschaftsteuerliche Nachsteuer abzugsfähig ist[3]. 64

– **Latente Einkommen- bzw. Ertragsteuern**[4]. 65

– **Verwaltungskosten** des Erben nach dem Erbfall (Stichtagsprinzip) und Nachlassverwertungskosten, die nur bei der Bewertung zu berücksichtigen sind[5]. 66

– **Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche**[6] (soweit nicht bereits der Erblasser mit ihnen belastet war). 67

– Nicht vollzogene Schenkungen von Todes wegen nach § 2301 Abs. 1 BGB, da sie als Vermächtnisse gelten[7]. 68

– Grundsätzlich „**testamentsspezifische** Kosten" des Erben, etwa der Testamentseröffnung[8], nach h.M. auch des Erbscheins[9] (was abzulehnen ist, soweit der Erbschein für die Umschreibung von Grundbüchern oder Bankvermögen bzw. für Verfügungen benötigt wird). 69

– **Vermächtnisse**[10] (soweit nicht bereits der Erblasser mit ihnen belastet war, z.B. durch ein Herausgabevermächtnis[11]), Auflagen, Ansprüche von Ersatzberechtigten[12] in Fällen vor dem 1.4.1998. Sie gehen im Rang den Pflichtteilsansprüchen nach, § 327 Abs. 1 Nr. 2, 3 InsO. Das gilt auch für gesetzliche Vermächtnisse[13]. 70

– **Zweifelhafte Rechte**, § 2313 Abs. 2 BGB[14]. 71

1 BGH v. 20.9.1973 – III ZR 148/71, NJW 1973, 2103; *Nieder,/Kössinger*, § 2 Rz. 10248 (§ 1968 BGB greift nicht); a.A. *Damrau*, ZEV 2004, 456.; AG Neuruppin v. 17.11.2006 – 42 C 324/05, ZEV 2007, 597.
2 OLG Düsseldorf v. 18.12.1998 – 7 U 92/98, OLGReport 1999, 160; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 45; MüKo/*Lange*, § 2311 BGB Rz. 14; Palandt/*Edenhofer*, § 2311 BGB Rz. 4.
3 A.A. *Meincke*, Steuerliche Chancen und Risiken als Nachlassbestandteil, Vortragsmanuskript zur ZEV-Jahrestagung 2002/2003, S. 38; *Klingelhöffer*, Rz. 282.
4 BGH v. 22.10.1986 – IVa ZR 143/85, NJW 1987, 1260; BGH v. 26.4.1972 – IV ZR 114/70, NJW 1972, 1269. S. Rz. 84 ff.
5 Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 46; *Nieder*/*Kössinger*, § 2 Rz. 49.
6 *Gottwald*, § 2311 BGB Rz. 15.
7 *Nieder*/*Kössinger*, § 2 Rz. 49; MüKo/*Lange*, § 2311 BGB Rz. 14.
8 Soergel/*Dieckmann*, § 2311 BGB Rz. 15; Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 46.
9 Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 46; MüKo/*Lange*, § 2311 BGB Rz. 14; LG München I v. 19.1.2009 – 15 O 14035/06 (nicht veröffentlicht); a.A. zu Recht *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 44; Gutachten DNotI-Report 2001, 108.
10 BGH v. 24.5.1972 – IV ZR 71/71, NJW 1972, 1669.
11 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 34, s. Rz. 56 u. 340.
12 BGH v. 16.9.1987 – IVa ZR 97/86, NJW 1988, 136.
13 Z.B. §§ 1969, 1371 Abs. 4 BGB, MüKo/*Lange*, § 2311 BGB Rz. 14.
14 S. Rz. 72 ff.

Zur **Beratungssituation**: Vom Aktivnachlass werden die gesamten Steuerschulden des Erblassers als Alleinverdiener abgesetzt. Unerheblich sind die Zinslast aus dem Annuitätendarlehen bis zur nächsten Kündigungsmöglichkeit sowie Rechtsanwaltskosten für die Pflichtteilsregulierung und Grabpflegekosten.

cc) Vorläufig ausgenommene ungewisse Rechte, § 2313 BGB

➲ **Beratungssituation:** Mandant ist pflichtteilsberechtigt. Der Erbe hat eine Forderung von 100000 Euro nicht in den Aktivnachlass aufgenommen, weil der Nachlassschuldner über 50000 Euro zahlungsunfähig ist. Jahre später begleicht der Schuldner den offenen Betrag nebst stattlichen Verzugszinsen.

72 § 2313 BGB ist eine Ausnahme vom **Stichtagsprinzip**. Ungewisse Positionen sind zunächst nicht in den Nachlass und die Pflichtteilsregulierung aufzunehmen. Sobald die Ungewissheit entfällt, erfolgt eine Ausgleichung, § 2313 Abs. 1 Satz 3 BGB. Weder der Erbe noch der Pflichtteilsberechtigte müssen sich eine spätere Ausgleichung im **Urteil** vorbehalten[1]. Von der Ausgleichung können der Erbe oder der Pflichtteilsberechtigte profitieren[2]. Maßgeblich sind die Umstände im **Zeitpunkt** der Geltendmachung des Pflichtteils, nicht des Erbfalls[3]. § 2313 BGB ist nicht anwendbar auf befristete Rechte und Verbindlichkeiten[4] oder Vermögenspositionen, deren Wert lediglich schwer zu ermitteln ist. Auflösend bedingte Rechte und Verbindlichkeiten werden angesetzt und bewertet, § 2313 Abs. 1 Satz 2 BGB. **Außer Ansatz** bleiben vorläufig:

73 – Aufschiebend bedingte Rechte[5] und Verbindlichkeiten, § 2313 Abs. 1 Satz 1 BGB. Hierunter zählen auch Rechtsbedingungen. Hat der Erblasser aber eine Sache unter Eigentumsvorbehalt erworben, ist die gesicherte Rechtsposition in den Nachlass einzustellen und nach § 2311 Abs. 2 BGB zu schätzen. Die beim Erbfall noch nicht getilgte Kaufpreisschuld ist als Passivum einzustellen[6].

74 – Ungewisse und unsichere Rechte, § 2313 Abs. 2 Satz 1 BGB. Ungewiss ist ein Recht, wenn der rechtliche Bestand oder die Person des Berechtigten zweifelhaft sind[7]. Unsicher ist ein Recht, wenn dessen wirtschaftliche oder tatsächliche Verwertung zweifelhaft ist[8].

---

1 Soergel/*Dieckmann*, § 2313 BGB Rz. 5; Staudinger/*Haas*, § 2313 BGB Rz. 14.
2 BGH v. 20.5.1992 – XII ZR 255/90, NJW 1992, 2154.
3 BGH v. 22.11.1954 – IV ZR 37/51, NJW 1952, 138.; Staudinger/*Haas*, § 2313 BGB Rz. 5.
4 BGH v. 20.6.1979 – IV ZR 137/77, FamRZ 1979, 787; Streitig s. (Leibrente); MüKo/*Lange*, § 2313 BGB Rz. 4.
5 Z.B. noch nicht geltend gemachtes Rückforderungsrecht in einem Grundstücksüberlassungsvertrag, Gutachten DNotI-Report 2004, 12.
6 Staudinger/*Haas*, § 2313 BGB Rz. 7.
7 BGH v. 28.4.2004 – IV ZR 85/03, ZEV 2004, 377; BGH v. 22.11.1954 – IV ZR 37/51, NJW 1952, 138.
8 BGH v. 22.11.1954 – IV ZR 37/51, NJW 1952, 138; Staudinger/*Haas*, § 2313 BGB Rz. 8.

Beispiele:

Anfechtbare oder schwebend unwirksame Rechte[1], uneinbringliche Forderungen gegen **zahlungsunfähige** Schuldner[2], kommerzialisierte Persönlichkeitsrechte[3], ein unwägbares Nacherbenrecht des Erblassers an einem anderen Nachlass[4], Mitarbeiteraktienoptionen (Stock Options)[5] oder die Milchquote (= Milchreferenzmenge) bei verpachteten Nachlassländereien[6].

– Zweifelhafte **Verbindlichkeiten**, § 2313 Abs. 2 Satz 1 BGB. Bestand oder Verwirklichung müssen unsicher sein. Ist die Verbindlichkeit nur teilweise zweifelhaft, ist § 2313 BGB nur insoweit anwendbar[7]. 75

Beispiele:

Kreditsicherheiten wie Verpfändungen, Bürgschaften, Hypotheken und Grundschulden für fremde Schulden, soweit die Inanspruchnahme ungewiss ist[8], vom Erben bestrittene Nachlassverbindlichkeiten, selbst wenn der Gläubiger Klage erhoben oder ein noch nicht rechtskräftiges Urteil erwirkt hat[9], Schulden des Erblassers aus einer einheitlichen Geschäftsverbindung, wenn wechselseitige Forderungen verrechnet wurden und eine Gegenforderung des Erblassers möglich ist[10].

Nach Wegfall des Schwebezustands[11] erfolgt eine **Ausgleichung**, § 2313 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 Satz 1 BGB. **Berechnung:** 76

– Die Vermögensposition ist zu bewerten. Nach richtiger h.M. ist der Wert im Zeitpunkt des Erbfalls maßgeblich. Wertveränderungen nach dem Erbfall bleiben außer Betracht[12]. § 2313 BGB will *nur* den Zeitpunkt, an dem die Bewertung vorgenommen wird, nicht aber den Bewertungsstichtag[13] ändern. Ausbezahlte Forderungen sind daher um den Kaufkraftschwund seit dem Erbfall zu bereinigen. Nach a.A. sind die Werte im Zeitpunkt der Beendigung des Schwebezustands maßgeblich.

---

1 *Lange/Kuchinke*, S. 856. § 37 VII 5a.
2 Die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung ist nicht erforderlich, vgl. *Gottwald*, § 2314 BGB Rz. 7. Besonderheiten gelten bei Nachlassforderungen gegen zahlungsunfähige Nachlassbeteiligte, Soergel/*Dieckmann*, § 2313 BGB Rz. 7; *Gemmer*, EE 2008, 116 (117 f.).
3 *Klingelhöffer*, ZEV 2000, 327 (328); s. Rz. 31.
4 Vgl. BGH v. 9.6.1983 – IX ZR 41/82, NJW 1983, 2244; Staudinger/*Haas*, § 2313 BGB Rz. 9.
5 *Kolmann*, ZEV 2002, 216 (219); MüKo/*Lange*, § 2313 BGB Rz. 7.
6 OLG Celle v. 3.7.2003 – 6 U 46/03, OLGReport 2003, 429; zur Pfändbarkeit OLG Celle v. 3.5.2005 – 13 U 230/04, OLG Report 2005, 476.
7 BGH v. 22.11.1954 – IV ZR 37/51, NJW 1952, 138; Staudinger/*Haas*, § 2313 BGB Rz. 10.
8 Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 11; MüKo/*Lange*, § 2313 BGB Rz. 7; s. Rz. 53.
9 Einschließlich entsprechender Prozesskosten: Staudinger/*Haas*, § 2313 BGB Rz. 11.
10 BGH v. 14.7.1952 – IV ZR 74/52, BGH NJW 1952, 1173.
11 Z.B. Bedingungseintritt, rechtskräftige Feststellung von Rechten, Forderungseinziehung.
12 BGH v. 9.6.1993 – IV ZR 2056/92, NJW 1993, 2176.
13 Staudinger/*Haas*, § 2313 BGB Rz. 35.

– Der Wert der Vermögensposition wird entweder auf der Aktiv- oder Passivseite dem ursprünglich festgestellten Nachlasswert hinzugerechnet.

– Der Pflichtteil ist neu zu berechnen. Der Pflichtteilsberechtigte kann einen Nachzahlungsanspruch haben, der nicht vor Wegfall der Unsicherheit **verjährt**[1]. Hat der Pflichtteilsberechtigte zu viel erhalten, steht dem Erben ein Rückzahlungsanspruch zu[2]. Eine **Sicherheitsleistung** für den künftigen Ausgleich kann nicht verlangt werden[3].

Zur **Beratungssituation**: Der Erbe hat 50000 Euro sofort in den Nachlass einzustellen. § 2313 BGB greift nur in Höhe der Zahlungsunfähigkeit von 50000 Euro. Mandant kann nach Zahlung des Rückstands Ausgleichung verlangen. Auf Verzugszinsen kann er nicht zugreifen. Er muss sich auch den Kaufkraftschwund zwischen Erbfall und Tilgung anrechnen lassen.

c) Wertermittlung

aa) Grundgedanke

(1) Wertbegriff

77 Der Pflichtteil richtet sich nach dem Wert des Nachlasses im Zeitpunkt des Erbfalls, § 2311 Abs. 1 BGB. Der Pflichtteilsberechtigte ist nach gängiger Definition wirtschaftlich so zu stellen, als sei der Nachlass beim Tode des Erblassers in Geld umgesetzt worden[4]. Es ist auf den **Verkehrswert**[5] (normalverkaufs- bzw. gemeine Wert) abzustellen, sofern keine Ertragswertprivilegierung greift[6]. Die Bewertung erfolgt aber nicht stets auf Grundlage einer fiktiven Versilberung. Das Bewertungsziel wird von der Erbersatzfunktion des Pflichtteilsrechts geprägt[7]. Das BVerfG[8] hat dies klargestellt: „*Dem Berechtigten soll in Geld der Teil des Nachlasses zukommen, der der Hälfte des gesetzlichen Erbteils gleichsteht (…). Diese Zielrichtung für die Wertberechnung hat zur Folge, dass auf die Wertverhältnisse im Zeitpunkt des Erbfalls*

1 Soergel/*Dieckmann*, § 2313 BGB Rz. 4; Staudinger/*Haas*, § 2313 BGB Rz. 15.
2 § 818 Abs. 3 BGB ist durch § 819 Abs. 1 BGB ausgeschaltet, Staudinger/*Haas*, § 2313 BGB Rz. 16.
3 *Klingelhöffer*, Rz. 256, 295; § 916 Abs. 2 ZPO bleibt möglich; MüKo/*Lange*, § 2313 BGB Rz. 8.
4 BGH v. 14.10.1992 – IV ZR 211/91, NJW-RR 1993, 131; OLG Brandenburg v. 20.2.2008 – 13 U 112/06, *Beck RS* 2008, 03395; MüKo/*Lange*, § 2311 BGB Rz. 19; *Klingelhöffer*, Rz. 173; ausführlich *Riedel*, Die Bewertung von Gesellschaftsanteilen im Pflichtteilsrecht, 2006, § 2 Rz. 48 ff., 74 ff.; *Meincke*, Zum normativen Konzept der Nachlassbewertung im Pflichtteilsrecht, FS H. Wiedemann, 2002, S. 105 ff.
5 BGH v. 19.12.2002 – III ZR 41/02, BGHReport 2003, 401; BGH v. 14.10.1992 – IV ZR 211/91, NJW-RR 1993, 131; § 194 BauGB, § 9 Abs. 2 BewG.
6 Zu § 2312 BGB s. Kapitel B XIII, Rz. 20 ff., 60 ff., 185 ff.; *J. Mayer*, MittBayNot 2004, 334.
7 BGH v. 14.7.1952 – IV ZR 74/52, NJW 1952, 1173 („Pflichtteilsberechtigte soll wirtschaftlich so dastehen, „als sei er zur Hälfte seines gesetzlichen Erbteils Erbe geworden").
8 BVerfG v. 26.4.1988 – 2 BvL 13, 14/86, NJW 1988, 2723 (2724); *Riedel*, Die Bewertung von Gesellschaftsanteilen im Pflichtteilsrecht, 2006, § 2 Rz. 100.

abgestellt wird (§ 2311 BGB) und der konkrete Bestand sowie die realitätsgerechte wirtschaftliche Ertragsfähigkeit des jeweiligen Nachlasses ermittelt werden". Für die Bewertung ist also maßgeblich, ob aus objektiver – nicht subjektiver – Sicht des Erben die Versilberung oder die Nutzung eines Nachlassgegenstands wirtschaftlich die bessere Alternative ist[1]. Wegen der vielgestaltigen Fragen ist das pflichtteilsrechtliche Bewertungsrecht nach wie vor im Fluss. **Unerheblich** sind jedenfalls vom Erblasser getroffene Wertbestimmungen[2], § 2311 Abs. 2 Satz 2 BGB, Buchwerte, steuerliche Bewertungsvorschriften[3] und Liebhaberwerte[4], soweit sie nicht wegen eines Liebhabermarkts objektivierbar sind[5].

➲ **Beratungshinweis:** Preise in Zeitungsanzeigen und sog. Listenpreise bieten nur eine Orientierungshilfe[6]. Auf Entscheidungen im Güterrecht nach § 1376 BGB[7] oder im Gesellschaftsrecht nach §§ 304 ff. AktG[8] kann zurückgegriffen werden, soweit die Bewertungsziele (Verkehrswert) gleich sind. Steuerwerte sind unerheblich, auch wenn die Erbschaftsteuerreform ab 1.1.2009 die Ermittlung des gemeinen Werts zum Ziel hat, s. unten Rz. 87 (Immobilien) und Rz. 89 (Unternehmen).

Bei „außergewöhnlichen Marktverhältnissen unter Ausnahmebedingungen[9]" 78
am Bewertungsstichtag hat der BGH nicht auf den niedrigen Verkaufswert, sondern auf den „**wahren inneren Wert**" abgestellt. Über diese „Denkfigur" soll der Pflichtteilsberechtigte an „Werten" partizipieren, die der Erbe momentan nicht auf dem Markt realisieren kann. Die „Billigkeitsrechtsprechung" wird nur zugunsten, nicht zulasten des Pflichtteilsberechtigten angewendet[10]. Der Erbe wird dadurch geschützt, dass er ein Leistungsverweigerungsrecht[11] in Höhe des Differenzbetrags zwischen Verkaufswert und wahrem inneren Wert hat[12]. Die gegenwärtigen Wirtschaftsverhältnisse lassen für

1 *Riedel*, Die Bewertung von Gesellschaftsanteilen im Pflichtteilsrecht, 2006, § 2 Rz. 119.
2 Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 50; Gutachten DNotI-Report, 2004, 4.
3 BGH v. 30.9.1954 – IV ZR 43/54, BGHZ 14, 168; *J. Mayer*, ZEV 1994, 331.
4 BGH v. 25.3.1954 – IV ZR 146/53, NJW 1954, 1037.
5 Z.B. Münzen, Briefmarken, Kunstwerke: *J. Mayer*, ZEV 1994, 331.
6 Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 53.
7 Der BGH behandelt die Bewertung im Güter- und Erbrecht im Wesentlichen gleich, BGH v. 24.10.1990 – XII ZR 101/89, FamRZ 1991, 43; BGH v. 7.5.1986 – IVb ZR 42/85, FamRZ 1986, 776; BGH v. 6.2.2008 – XII ZR 45/06, NJW 2008, 1221 (§ 1376, volle wirkliche Wert); *J. Mayer*, ZEV 1994, 331 (332, Fn. 19); bei Unternehmen zur Vorsicht mahnend: *Riedel*, Die Bewertung von Gesellschaftsanteilen im Pflichtteilsrecht, 2006, § 3 Rz. 291.
8 BVerfG v. 27.4.1999 – 1 BvR 1613/94, NJW 1999, 3769 (3772: Bewertung ist auch für Pflichtteilsrecht maßgeblich); *Coing*, NJW 1983, 1298 (1299).
9 BGH v. 21.3.1973 – IV ZR 157/71, NJW 1973, 995 (Stopppreise für Immobilien); BGH v. 31.5.1965 – III ZR 214/63, NJW 1965, 1589 (Immobilien und Chruschtschow-Ultimatum); BGH v. 1.4.1992 – XII ZR 146/91, NJW-RR 1992, 899 (Immobilienflaute).
10 BGH v. 13.3.1991 – IV ZR 52/90; NJW-RR 91, 900; Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 54.
11 § 273 BGB oder § 2331a BGB.
12 BGH v. 25.3.1954 – IV ZR 146/53, NJW 1954, 1037.

die Anwendung dieser Denkfigur aber keinen Raum[1]. Auch die Finanzkrise im Jahre 2008 (2009) ist den Marktverhältnissen immanent und bewertungsrechtlich hinzunehmen.

79 Es ist Sinn des Stichtagsprinzips, dass Wertsteigerungen oder Wertverluste nach dem Erbfall außer Betracht bleiben[2]. Jedoch können alle wirtschaftlich fassbaren, bereits im Keim angelegten Entwicklungen durch Zu- oder Abschläge berücksichtigt werden[3].

(2) Tatsächlicher Verkaufserlös, Abzug unvermeidbarer Veräußerungskosten

➲ **Beratungssituation:** Mandant ist Alleinerbe. Der Sachverständige hat das Nachlassgrundstück auf 800000 Euro geschätzt. 15 Monate nach dem Erbfall hat Mandant das Grundstück zu einem Preis von nur 700000 Euro verkauft. Die Grundstückspreise haben sich nach Bodenrichtwertauskunft der Gemeinde nicht geändert. Die Vertragskosten belaufen sich auf 20000 Euro (Makler, Steuerberatung, Vorfälligkeitsentschädigung). Welcher Wert ist für die Pflichtteilsberechnung maßgeblich?

80 Die Bewertung von Nachlassgegenständen richtet sich nach dem **Veräußerungserlös**, der bald nach dem **Erbfall** tatsächlich erzielt wurde, soweit keine außergewöhnlichen Verhältnisse vorliegen[4]. Dies gilt auch für den Erlös aus einer Versteigerung oder Liquidation[5]. Der tatsächliche Erlös verdient Vorzug vor einer mit Unsicherheitsfaktoren belasteten Schätzung[6]. Er ist nach § 287 ZPO auch maßgeblich, wenn er niedriger ausfällt als eine bereits vorliegende Schätzung[7]. **Voraussetzungen:**

81 **Zeitmoment.** Eine Veräußerung von sechs Monaten[8], sieben Monaten[9] oder zwölf Monaten[10] **nach** dem Erbfall ist unstreitig zeitnah. Zeiträume von zwei

1 Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 55; *Klingelhöffer*, Rz. 176 f.; *J. Mayer*, ZEV 1994, 331 (336).
2 BGH v. 23.5.2001 – IV ZR 62/00, NJW 2001, 2713; OLG Brandenburg v. 20.2.2008 – 13 U 112/06, Beck RS 2008, 03395.
3 Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 62; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 53.
4 Skeptisch MüKo/*Lange*, § 2311 BGB Rz. 20; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 40 (da der Pflichtteilsberechtigte so in den Genuss einer Nachabfindung gelangen könne).
5 BGH v. 14.10.1992 – IV ZR 211/91, NJW-RR 1993, 131; BGH v. 17.3.1982 – IVa ZR 27/81, NJW 1982, 2497.
6 BGH v. 14.10.1992 – IV ZR 211/91, NJW-RR 1993, 131; OLG Brandenburg v. 20.2.2008 – 13 U 112/06, Beck RS 2008, 03395.
7 BGH v. 14.10.1992 – IV ZR 211/91, NJW-RR 1993, 131; OLG Düsseldorf v. 27.5.1994 – 7 U 136/93, ZEV 1994, 361.
8 BGH v. 13.3.1991 – IV ZR 52/90, NJW-RR 1991, 900 (Grundstück).
9 OLG Düsseldorf v. 27.5.1994 – 7 U 136/93, ZEV 1994, 361 (Grundstück).
10 BGH v. 17.3.1982 – IVa ZR 27/81, NJW 1982, 2497 (Unternehmen); *Riedel*, Die Bewertung von Gesellschaftsanteilen im Pflichtteilsrecht, 2006, § 2 Rz. 69 (argumentum § 11 Abs. 2 S. 2 BewG).

Jahren und vier Monaten[1], drei Jahren[2], fünf Jahren[3] oder sechseinhalb Jahren[4] sind zulässig, sofern sich die Marktverhältnisse nicht wesentlich geändert haben. Der BGH hat keine feste Zeitgrenze gezogen. Überdies ist auch ein zeitnaher Veräusserungserlös **vor** dem Erbfall maßgeblich[5]. Entsprechendes gilt für die **Bewertungsstichtage** in §§ 2325 Abs. 2, 2315 Abs. 2, 2327 Abs. 1, 2316 BGB.

Umstandsmoment. Der Verkaufserlös ist nicht maßgebend, wenn er durch besondere Umstände geprägt wurde. 82

Beispiele:

Seit dem Erbfall sind wesentliche Veränderungen der Marktverhältnisse oder des Nachlassgegenstands eingetreten[6], der Käufer hat ein Liebhaberinteresse[7] bzw. besondere Absichten[8], Käufer und Verkäufer haben zum Nachteil des Pflichtteilsberechtigten zusammengewirkt[9] bzw. zwischen ihnen besteht eine persönliche, wirtschaftliche oder gesellschaftsrechtliche Verflechtung[10] oder der Erbe liefert dem Sachverständigen bewusst falsche Bewertungsgrundlagen[11]. An § 6 Abs. 2, 3 WertV, der beispielhaft ungewöhnliche Umstände anführt, kann angeknüpft werden[12].

Berechnung des pflichtteilsrelevanten Veräußerungserlöses: 83

- Der Veräußerungerlös ist bei Grundstücken um die nach dem Erbfall erfolgte Entwicklung der Grundstückspreise zu bereinigen[13]. Dies geschieht durch eine Rückrechnung der Bodenpreise vom Verkaufszeitpunkt auf den Erbfall. Die Rückrechnung hat ggf. auch für Gebäudewerte zu gelten.
- Anschließend sind **unvermeidbare Veräußerungskosten**[14] abzusetzen. Der Erbe enthält auch nur den um diese Kosten geminderten Veräußerungserlös.

---

1 OLG Frankfurt v. 7.11.2002 – 16 U 10/02, ZEV 2003, 364 (Grundstück).
2 A.A. OLG Düsseldorf v. 23.9.1994 – 7 U 198/93; FamRZ 1995, 1236 (Grundstück).
3 BGH v. 14.10.1992 – IV ZR 211/91, NJW-RR 1993, 131 (Grundstück); a.A. *J. Mayer*, ZEV 1994, 331 (332).
4 OLG Düsseldorf v. 4.11.1988 – 6 UF 27/88, FamRZ 1989, 1181 (Unternehmen).
5 Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 60, § 2311 BGB Rz. 67; s. § 11 Abs. 2 BewG.
6 BGH v. 14.10.1992 – IV ZR 211/91, NJW-RR 1993, 131.
7 BGH v. 14.10.1992 – IV ZR 211/91, NJW-RR 1993, 131.
8 Landbedarf für Flughafengesellschaft, BGH v. 13.3.1991 – IV ZR 52/90, NJW-RR 1991, 900; investitionsstrategische Ziele bei Unternehmenskauf, Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 65.
9 OLG Düsseldorf v. 27.5.1994 – 7 U 136/93, ZEV 1994, 361.
10 *J. Mayer*, ZEV 1994, 331 (333).
11 OLG Düsseldorf v. 27.5.1994 – 7 U 136/93, ZEV 1994, 361.
12 *J. Mayer*, ZEV 1994, 331 (333).
13 BGH v. 14.10.1992 – IV ZR 211/91, NJW-RR 1993, 131; *J. Mayer*, ZEV 1994, 331 (333).
14 BGH v. 17.3.1982 – IVa ZR 27/81, NJW 1982, 2497; Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 66; zu § 13 HöfeO OLG Oldenburg v. 23.3.2006 – 1 O 33/04, OLGReport 2007, 74; strenger Maßstab bei *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 54.

Beispiele:[1]

Vermittlungsgebühr für Makler[2], Steuern[3], Honorare für hinzugezogene Rechtsanwälte und Wirtschaftsprüfer[4] oder eine Karenzentschädigung. Hierunter fällt auch eine unvermeidbare Vorfälligkeitsentschädigung[5]. Überdies sollte der Verkaufserlös um den Kaufkraftschwund bereinigt werden.

Zur **Beratungssituation**: Der Erlös von 700 000 Euro ist maßgeblich, auch wenn er 100 000 Euro unter dem Schätzwert liegt. Vom Erlös sind die Vertragskosten von 20 000 Euro abzuziehen. Da sich die Bodenrichtwerte seit dem Erbfall nicht erhöht haben, hat das Grundstück einen Wert von 680 000 Euro.

(3) Abzug latenter Steuern und hypothetischer Veräußerungskosten

➲ **Beratungssituation:** Mandant ist Alleinerbe. Im Nachlass befindet sich in eine Brauerei, die ein Jahr nach dem Erbfall verkauft wurde. Kann Mandant die mit der Auflösung der stillen Reserven verbundene latente Steuerlast nach § 16 EStG vom Veräußerungserlös abziehen?

84 Bei der **Unternehmensbewertung** ist umstritten, ob latente **Ertragsteuern** nach §§ 16 ff. EStG den Wert mindern. Diese Frage betrifft auch **Immobilien**, die sich zum Zeitpunkt der Veräusserung im Betriebsvermögen befunden haben[6]. Es ist zu unterscheiden:

- Im **Zugewinn** zieht der BGH die latente **Ertragsteuer** stets als wertmindernde Veräußerungskosten ab, da er bei der Bewertung auf einen fiktiven Verkauf abstellt[7].
- Im **Pflichtteil** gelten andere Grundsätze: Nach BGH[8] und verbreiteter Meinung[9] mindern latente Steuern den Wert des Nachlassgegenstands **nicht**,

1 Nach BGH v. 17.3.1982 – IVa ZR 27/81, NJW 1982, 2497.
2 Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 66.
3 Z.B. Umsatzsteuer. Zur latenten Steuerlast s. Rz. 84 ff.
4 A.A. *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 54.
5 BFH v. 25.1.2000 – VIII R 55/97, NJW 2000, 3591 (Vorfälligkeitsentschädigung als Veräußerungskosten i.S. v. § 16 Abs. 2 Satz 1 EStG).
6 BGH v. 22.10.1986 – IVa ZR 143/85, NJW 1987, 1260 (Bauerwartungsland); *Klingelhöffer*, Rz. 187; *Kasper* in Scherer, MAH Erbrecht, § 46 Rz. 35.
7 BGH v. 24.10.1990 – XII ZR 101/89, FamRZ 1991, 43; BGH v. 8.9.2004 – XII ZR 194/01, BGHReport 2005, 166; BGH v. 6.2.2008 – XII ZR 45/06, NJW 2008, 1221; OLG Düsseldorf v. 20.9.2007 – II-7 UF 98/07, OLGReport 2008, 147; kritisch *Kogel*, NJW 2007, 556 (558 f.).
8 BGH v. 14.10.1992 – IV ZR 211/91, NJW-RR 1993, 131; BGH v. 22.10.1986 – IVa ZR 143/85, NJW 1987, 1260; BGH v. 17.3.1982 – IVa ZR 27/81, NJW 1982, 2497; BGH v. 17.1.1973 – IV ZR 142/70, NJW 1973, 509; BGH v. 26.4.1972 – IV ZR 114/70, NJW 1972, 1269.
9 MüKo/*Lange*, § 2311 BGB Rz. 25; Soergel/*Dieckmann*, § 2311 BGB Rz. 22; *Riedel*, Die Bewertung von Gesellschaftsanteilen im Pflichtteilsrecht, 2006, § 5 Rz. 625 (stets bei Fortführungswert, Verwendungsabsicht des Erben unerheblich); OLG Mün-

wenn er nach dem Ertragswert (= Fortführungswert) ermittelt und er nicht in engem Zusammenhang mit dem Erbfall veräußert oder aufgegeben wird. Latente Steuern **mindern** den Wert des Nachlassgegenstands, soweit er nach dem Liquidations- oder Substanzwert ermittelt oder der Gegenstand in engem Zusammenhang mit dem Erbfall veräußert oder aufgegeben wird, selbst wenn dies auf einem freien Entschluss des Erben beruht. Stets sind nur unvermeidbare Steuern abzugsfähig. Soweit keine besonders ungünstigen steuerlichen Verhältnisse vorliegen, ist die tatsächlich anfallende oder bereits festgesetzte Steuer zugrunde zu legen. Die latenten Ertragsteuern sind also unvermeidbare Veräußerungskosten[1].

Im Übrigen werden verschiedene Meinungen vertreten: Nach einer im Vordringen befindlichen Meinung ist eine latente Ertragsteuerlast stets ein Abzugsposten[2], nach a.A. nur dann, wenn der Nachlassgegenstand nach dem Erbfall verkauft wird[3] oder die Auslösung des Steuertatbestands im Anschluss an den Erbfall zu erwarten ist[4].

Nicht entschieden ist für Altfälle bis 31.12.2008, ob der Erbe beim Verkauf von Wertpapieren oder Immobilien in der Spekulationsfrist die **Spekulationssteuer** nach § 23 EStG abziehen kann. Hier sollten die Grundsätze des BGH zur Ertragsteuer analog angewendet werden[5]. 85

Dasselbe gilt für die zum 1.1.2009 in Kraft getretene sog. **Abgeltungssteuer**, die Gewinne aus privaten Veräußerungsgeschäften mit pauschal 25 % besteuert (zzgl. Solidaritätszuschlag, und ggfls. Kirchensteuer).

Darüber hinaus sind nach einer Ansicht stets alle **hypothetischen Veräußerungskosten**, die notwendig mit einem Verkauf eines Nachlassgegenstands verbunden sind, wertmindernd. Dies sei eine Konsequenz des Bewertungsziels gemäß § 2311 BGB (Normalverkaufspreis)[6]. Dem ist zu widersprechen.

---

chen v. 14.1.2003 – 23 U 1830/02, MittBayNot 2004, 369 mit Anm. *J. Mayer* MittBayNot 2004, 334 ff.; OLG Köln v. 26.3.1999 – 19 U 108/96, OLGReport 1999, 281 (§ 35 GmbHG); BayObLG v. 19.10.1995 – 3 Z BR 17/90, BayObLGR 1996, 5 (§ 305 AktG).

1 BGH v. 26.4.1972 – IV ZR 114/70, NJW 1972, 1269; BGH v. 14.2.1992 – IV ZR 211/91, NJW-RR 1993, 131; *Riedel*, Die Bewertung von Gesellschaftsanteilen im Pflichtteilsrecht, 2006, § 5 Rz. 626.

2 Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 82; *Siebert*, EE 2006, 187 (189); *Lorz*, ZErb 2003, 302 (303, alle Nachlassgegenstände); *Meincke*, FS H. Wiedemann, 2002, S. 105 ff. (alle Nachlassgegenstände); *Kasper* in Scherer, MAH Erbrecht, § 46 Rz. 22 (Unternehmen); *Klingelhöffer*, Rz. 210a (Unternehmen); *Winkler*, ZEV 2005, 89 (91, Unternehmen); *Crezelius*, Unternehmenserbrecht, 1998, Rz. 95 (Unternehmen).

3 *Esch/Baumann/Schulze zur Wiesche*, Handbuch der Vermögensnachfolge, 5. Auflage, Rz. 157.

4 *Sudhoff*, NJW 1963, 421 ff.; auf Wahrscheinlichkeit eines Verkaufs stellen ab bei § 1376 BGB: *Kogel*, NJW 2007, 556 (559 f.); *Hoppenz*, FamRZ 2006, 449 ff.

5 *Klingelhöffer*, Rz. 237; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 112; a.A. stets Abzug *Siebert*, EE 2006, 187 (189).

6 Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 72a, 74, 82; *Lorz*, ZErb 2003, 302 ff.; *Kasper* in Scherer, MAH Erbrecht, § 46 Rz. 35 u. 23; *Meincke*, FS H. Wiedemann, 2002, S. 105 ff.

Fiktionen sind nicht mit der gesetzlichen Risikoverteilung des Stichtagsprinzips vereinbar und widersprechen dem Bewertungsziel, s. Rz. 77.

Zur **Beratungssituation**: Das Unternehmen wurde im Zusammenhang mit dem Erbfall verkauft. Die Ertragsteuer nach § 16 EStG ist neben weiteren unvermeidbaren Veräußerungskosten vom effektiven Verkaufserlös abzuziehen. Die Höhe des Abzugs folgt aus der tatsächlich festgesetzten Steuer oder einem steuerrechtlichen Gutachten.

(4) Beauftragung und Überprüfung von Gutachten

86 Der Wert des Nachlassgegenstands ist zu schätzen, soweit erforderlich, §§ 2311 Abs. 2, 2312 BGB. Dies ist nicht der Fall, wenn der Wert von den Parteien einvernehmlich festgesetzt ist[1] oder ein maßgeblicher Veräußerungserlös bzw. Kurs- oder Marktwert vorliegt. Die Schätzung ist eine Tatsachenfrage. Da das Gesetz keine Bewertungsmethode vorschreibt, obliegt die sachgerechte Auswahl dem Tatrichter, der einen Sachverständigen hinzuziehen kann[2].

➲ **Beratungshinweise:**

- Die Wertschätzung ist gerade bei Grundstücken und Unternehmen keine bloße Rechenoperation. Die Bandbreite verschiedener Gutachten kann erheblich sein.
- Ratsam ist, öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige zu beauftragen, die sich vor Ort auskennen. Die Vergütung und der Zeitrahmen sind festzusetzen. Der Gutachter ist über rechtliche und tatsächliche Besonderheiten des Falls aufzuklären[3]. Die Bewertungsmethode ist ggf. vorab mit dem Gutachter zu erörtern. Bei Wertermittlung von kleinen Betrieben mit großen Grundstücken ist zu klären, ob eine Bewertung von einem Diplomingenieur oder eher durch einen Betriebswirt sinnvoller ist.
- Die **Überprüfung** von Gutachten ist schwierig. Faustregeln: § 406 ZPO, Rechenfehler und Anknüpfungstatsachen überprüfen. Plausibilitätskontrolle über Gegenrechnungen[4] oder Checklisten[5] vornehmen. Ggf. alternative Wertschätzung einholen[6]. Einwendungen dem Gutachter

1 Zur Gefahr konkludent vereinbarter Schiedsgutachten Rz. 135.
2 BGH v. 14.10.1992 – IV ZR 211/91, NJW-RR 1993, 131; BGH v. 6.2.2008 – XII ZR 45/06, NJW 2008, 1221 (§ 1376 BGB); MüKo/*Lange*, § 2311 BGB Rz. 21. Zur Haftung des gerichtlich bestellten Sachverständigen OLG Hamburg v. 6.9.2000 – 14 W 34/00, OLGReport 2001, 57; § 839a BGB.
3 Leitfaden §§ 404a, 407a ZPO.
4 Z.B.: Ermittlung des ortsüblichen Ertragsfaktors (Ertragswert : jährlicher Rohertrag) oder ortsübliche Quadratmeterpreise.
5 Grundstück: Mindestanforderungen an Gutachten, Institut für Sachverständigenwesen e.V. (über Industrie- und Handelskammer zu beziehen); Unternehmen: Grundsätze zur Durchführung von Unternehmensbewertungen, IDW S1 v. 2.4.2008, www.idw.de (unter „Verlautbarungen).
6 Kostenträchtig: Gegengutachten. Kostengünstig: Erkundigungen bei Maklern, örtlicher Industrie- und Handelskammer.

zur Stellungnahme vorlegen. Meist folgen Gerichte einem nicht offenkundig falschen Gutachten. Angriffe hiergegen müssen substanziell sein, etwa durch ein privates Gegengutachten[1]. Neue Gutachten nach § 412 ZPO werden restriktiv angeordnet[2]. Hat der Tatrichter die Bewertung sachverständig beratend vorgenommen, sind Fehler im Bewertungsverfahren in der **Revision** nur eingeschränkt auf rechtsfehlerhafte Erwägungen und Verstöße gegen Denk- und Erfahrungsgesetze überprüfbar. Die Rügen gegen Gutachten sind in der **Berufung**[3] ebenfalls eingeschränkt. Bewertungsstreitigkeiten können daher in 1. Instanz verloren gehen[4].

bb) Wertermittlung von Immobilien

➲ **Beratungssituation:** Mandant ist Alleinerbe. Im Nachlass ist ein hälftiger Miteigentumsanteil an einer Eigentumswohnung, die mit einem Wiederkaufsrecht des früheren Eigentümers belastet ist. Mandant fragt, ob das Wiederkaufsrecht als Abzugsposten vom Verkehrswert anzusetzen ist und der Wert des Anteils dem halben Wert des gesamten Objekts entspricht.

87 Grundlage für die Wertschätzung von **Grundstücken** sind §§ 192 bis 199 BauGB und die Wertermittlungsverordnung (aktuell **WertV** 98[5]) nebst Wertermittlungsrichtlinien (aktuell **WertR** 06). Sie enthalten „allgemein anerkannte Grundsätze der Ermittlung des Verkehrswerts von Grundstücken"[6]. **Drei Verfahren** sind vorgesehen: das Vergleichswert[7]-, Sachwert[8]- und Ertragswertverfahren[9]. Nach BGH verdrängt keine der Ermittlungsmethoden bei bestimmten Bewertungsgegenständen, etwa bei Renditeobjekten die Ertragswertmethode, von vornherein die anderen Ermittlungsverfahren[10]. Sie können einzeln oder kombiniert angewandt werden, z.B. durch Bildung eines Mischwerts von Sachwert- und Ertragswert[11]. Die h.L. lehnt die Bildung von Mischwerten indes zu Recht ab[12], s. auch Ziff. 3.7 WertR 06.

Die Methodenwahl ist vom Gutachter zu treffen und zu begründen.

---

1 Dies kann die Pflicht des Gerichts begründen, eine ergänzende Stellungnahme des gerichtlichen Sachverständigen zum gegenteiligen Privatgutachten anzuordnen, BGH v. 9.1.2002 – VIII ZR 304/00, MDR 2002, 569.
2 KG v. 1.10.2001 – 12 U 1918/00, OLGReport 2002, 89.
3 BGH v. 2.7.2004 – VZR 213/03, BGHReport 2004, 1402.
4 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 58.
5 Die Novellierung der WertV ist zu erwarten, s. www.bmvbs.de.
6 BGH v. 12.1.2001 – V ZR 420/99, BGHReport 2001, 276; *Tremel*, ZEV 2007, 365 ff.
7 §§ 13, 14 WertV.
8 §§ 21 bis 25 WertV.
9 §§ 15 bis 20 WertV.
10 BGH v. 2.7.2004 – V ZR 213/03, BGHReport 2004, 1402 (Eigentumswohnung).
11 BGH v. 13.7.1970 – VII ZR 189/68, NJW 1970, 2018.
12 *Tremel*, ZEV 2008, 365 (368); *Kasper* in Scherer, MAH Erbrecht, § 46 Rz. 35; *Klingelhöffer*, Rz. 186, 189.

➲ **Beratungshinweis:** Die **erbschaftsteuerliche** Immobilienbewertung hat ab 1.1.2009 ebenfalls das Ziel, den gemeinen Wert festzustellen[1], s. Kapitel D. Indes beruht sie auf einer in einem Verwaltungsverfahren notwendigen Typisierung und Vereinfachung. Der so ermittelte Wert ist daher im Pflichtteilsrecht nur maßgeblich, wenn ein entsprechender Bewertungsvergleich zwischen Erbe und Pflichtteilsberechtigtem vorliegt. Dies kann ratsam sein.

Faustregeln:

– Für **unbebaute Grundstücke** ist der **Vergleichswert** einschlägig[2]. Der Gutachter ermittelt den Wert durch Vergleichspreise für gleichwertige Grundstücke. Die Vergleichspreise für unbebaute Grundstücke ergeben sich aus den von den Gemeinden oder Kreisen geführten Kaufpreissammlungen[3] oder den daraus abgeleiteten Bodenrichtwerten[4]. Es ist zwischen den verschiedenen Nutzungsarten des Bodens zu differenzieren. Bauland ist am höchsten zu bewerten. In größeren Gemeinden wird von den Gutachterausschüssen maßgeblich auf die Bebaubarkeit des Grundstücks abgestellt. Dies geschieht durch Mitteilung der Geschossflächenzahl (GFZ) eines Vergleichsgrundstücks. Kann das zu bewertende Grundstück in größerem oder kleinerem Umfang bebaut werden als das Vergleichsgrundstück, so hat eine GFZ-Umrechnung zu erfolgen nach der Tabelle gemäß Anlage 11 WertR 06. In ländlichen Regionen hat der GFZ-Bezug geringe Bedeutung[5]. Als grobe Erfahrungswerte können für Äcker gelten: 1 EUR bis 15 EUR pro qm, für unbebaubares Gartenland 50 % des Baulandwerts, Waldflächen für 0,5 EUR bis 5 EUR pro qm[6].

➲ **Beratungshinweis:** Zu prüfen ist, ob die Bodenrichtwerte (§ 196 BauGB) Erschließungsbeiträge und -kosten enthalten und das zu bewertende Grundstück nach §§ 3–5 WertV vergleichbar ist. Ggfls. sind Zu- und Abschläge vorzunehmen. Die Nutzungsabsicht des Erben ist irrelevant[7].

– Für **eigengenutzte Ein- und Zweifamilienhäuser** oder Eigentumswohnungen ist der Sachwert maßgeblich, Ziff. 1.5.5 WertR 06[8]. Der Sachwert des Grundstücks ergibt sich aus dem Bodenwert und dem Herstellungswert von Gebäude und Außenanlagen zum Stichtag. Die Herstellungskosten

1 *Drosdzol*, ZEV 2009, 7 ff. und ZEV 2008, 177 ff.
2 BGH v. 15.3.1989 – IVa ZR 338/87, FamRZ 1989, 1276: Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 75.
3 § 195 BauGB.
4 § 196 BauGB.
5 *Tremel*, ZEV 2007, 365 (366).
6 *Tremel*, ZEV 2007, 365 (366).
7 Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 75; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 68.
8 BGH v. 13.7.1970 – VII ZR 189/68, NJW 1970, 2018; OLG Köln v. 5.10.2005 – 2 U 153/04, ZEV 2006, 77; OLG Saarbrücken v. 27.10.2005 – 8 U 626/04 – 171, OLGReport 2006, 108 (Zweifamilienhaus); a.A. bei einem Zweifamilienhaus, in dem eine Wohnung vermietet ist OLG Brandenburg v. 7.1.2004 – 13 U 25/03, ZErb 2004, 132 (Ertragswertverfahren).

werden anhand des üblichen Aufwands zur Erstellung eines Kubikmeters umbauten Raumes ermittelt. **Formel**: Bruttogeschossfläche eines Gebäudes (alle Geschosse mit Außenmaßen) × Herstellungskosten pro qm × Baukostenindex zum Stichtag. Wertmindernd sind Bauschäden, Reparaturstau und Alter der Anlagen. Spätere Umbauten wirken sich häufig nur mit einem Bruchteil der Investitionen des Erblassers werterhöhend aus[1]. *J. Mayer* kritisiert das Sachwertverfahren, das häufig zu höheren Werten als das Ertragswertverfahren führt. Er sieht einen „erheblich niedrigeren Ertragswert" als maßgeblich an[2]. Dies ist abzulehnen und steht auch in Widerspruch zu Ziff. 3.1.2, 3.1.3 WertR 06[3].

– **Renditeobjekte** (Miet- oder Mehrfamilienhaus, Gewerbeimmobilie) werden nach dem Ertragswert beurteilt, Ziff. 1.5.5 WertR 06[4]. Dieser Wert ist für den potenziellen Käufer relevant. Der Ertragswert setzt sich aus dem Bodenwert und dem Ertragswert für die Gebäude und Außenanlagen zusammen, deren jährlicher Reinertrag kapitalisiert wird.

  Berechnungsschritte:

  1. Bodenwertermittlung im Vergleichswertverfahren.
  2. Ermittlung des nachhaltigen Jahresrohertrags des Grundstücks, § 17 WertV, Ziff. 3.5.1 WertR 06 (ortsübliche Miete ohne Umlagen für Betriebskosten).
  3. Ermittlung des Jahresreinertrags (§ 16 Abs. 1 WertV, Ziff. 3.5.3 WertR 06) durch Abzug der Bewirtschaftungskosten (§ 18 WertV, Ziff. 3.5.2 WertR 06, Anlage 3) vom Jahresrohertrag. Diese Kosten betragen i.d.R. zwischen 17–24 % des Rohertrags (Verwaltungskosten 3–5 %, Mietausfallwagnis 2–4 %, Instandhaltung 10–15 %).
  4. Ermittlung des Gebäudeanteils am Jahresreinertrag durch Abzug der angemessenen Verzinsung des Bodenwerts (§ 16 Abs. 2 Satz 1 WertV, Ziff. 3.5.5 WertR 06).
  5. Ermittlung des Gebäudeertragswerts durch Kapitalisierung des Gebäudeanteils am Jahresreinertrag des Grundstücks mit dem Kapitalisierungsfaktor gemäß Anlage zur WertV (§ 16 Abs. 3 WertV). Maßgeblich ist der Vervielfältiger (Ziff. 3.5.7 WertR 06, Anlage 5) der sich nach dem Liegenschaftszins (§ 11 WertV, Ziff. 3.5.4 WertR 06) und der Restnutzungsdauer der baulichen Anlage richtet (§ 16 Abs. 4 WertV, Ziff. 3.5.6 WertR 06, Anlage 4).
  6. Ermittlung des Ertragswerts des ganzen Grundstücks durch Addition des Bodenwerts (Nr. 1) mit dem Gebäudeertragswert (Nr. 2–5).

---

1 *Klingelhöffer*, Rz. 188.
2 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 73, 80.
3 Abweichungen zwischen Sach- und Ertragswert sind grundsätzlich vorhanden und nur in Ausnahmefällen relevant, *Tremel*, ZEV 2007, 365 (368); *Klingelhöffer*, Rz. 189.
4 BGH v. 13.7.1970 – VII ZR 189/68, NJW 1970, 2018 (2019); Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 77.

7. Korrektur des Ertragswerts durch Berücksichtigung sonstiger wertbeeinflussender Umstände (§ 19 WertV, 3.5.8 WertR 06, z.B. Instandhaltungsrückstau[1]).

➲ **Beratungshinweis:** Dem Liegenschaftszins gem. § 11 WertV – der von den örtlichen Gutachterausschüssen zu veröffentlichen ist – kommt erhebliche Bedeutung zu. Je größer er ist, umso kleiner ist der Kapitalisierungsfaktor und damit der Ertragswert[2]. Ein hoher Liegenschaftszins ist dem Pflichtteilsberechtigten nachteilig. Faustformel:

Je geringer das „Risiko" und je langfristiger die Restnutzungsdauer, desto niedriger ist der Liegenschaftszins[3] und umso **höher** der Immobilienwert[4].

Der Immobilienverband Deutschland (IVD) hat marktübliche Liegenschaftszinssätze für Deutschland veröffentlicht und plant, sie regelmäßig zu aktualisieren:

Marktübliche Liegenschaftszinssätze (IVD), Stand 2006

		Objektart	Zinsspanne
A) Eigennutzobjekte (Wohnimmobilien)	A 1	Villa, großes EFH	1,5–3,0
	A 2	freistehendes EFH	2,0–3,5
	A 3	nicht freistehendes EFH, DHH, RH	2,5–4,0
	A 4	Eigentumswohnung	3,0–4,5
	A 5	EFH mit ELW bis 3 FH	3,0–4,5
B) Renditeobjekte (Mischimmobilien)	B 1	Vierfamilienhaus bis Mehrfamilienhaus	4,0–5,5
	B 2	W+G Häuser, bis zu 20 % Gewerbefläche	4,5–6,0
	B 3	W+G Häuser, 20 % bis 80 % Gewerbefläche	5,0–6,5
C) Gewerbeimmobilien	C 1	Büro- und Geschäftshäuser	45■–7,0
	C 2	Lager- und Produktionshallen	6,0–8,0
	C 3	Industrieobjekte	6,5–8,5
	C 4	Sport- und Freizeitanlagen	7,0–9,0

Die ausgewiesenen Zinssätze A 1 bis A 5 gelten bei Eigennutzung. Bei vermieteten Immobilien wird der Liegenschaftszins für diese Objektarten in der Regel ¼ höher als im unvermieteten Zustand angesetzt.

Die im erbschaftsteuerlichen Bewertungsrecht für Immobilien ab 1.1.2009 zugrunde gelegten Liegenschaftszinssätze können erheblich abweichen[5]. Stets ist jeweils der lokale Grundstücksmarkt entscheidend. Der IVD avisiert, marktübliche Bewirtschaftungskosten und die Restnutzungsdauer

1 *Tremel*, ZEV 2007, 365 (367).
2 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 79. (mit Ertragswertberechnung).; *Tremel*, ZEV 2007, 365 (367).
3 *Tremel*, ZEV 2007, 365 (367).
4 *Daragan*, FS Damrau, 2007, S. 139.
5 Vgl. *Drosdzol*, ZEV 2008, 10 ff. u. ZEV 2008, 177 ff.; *Wiegand*, ZEV 2008, 129 ff.

von Immobilien als wesentliche Parameter im Ertragswert bekannt zu geben[1].

- Bei **vermieteten Eigentumswohnungen** steht die Vergleichswertmethode im Vordergrund (Quadratmeterpreise)[2].
- Ein **landwirtschaftliches Gut** kann mit dem niedrigeren Ertragswert anzusetzen sein[3]. Bei **Erbbaurechten** ist der Verkehrswert maßgeblich, der sich aus dem Gebäudewert, dem Wert der Außenanlagen und einem Bodenwertanteil zusammensetzt[4]. **Reichsheimstätten** sind, da das Gesetz zum 1.10.1993 außer Kraft trat, nicht mehr praxisrelevant[5]. Rechtsprechung zur Bewertung **geschlossener Immobilienfonds** fehlt. *Klingelhöffer*[6] schlägt vor, den künftigen Verkaufspreis mit einer vorsichtigen wirtschaftlichen Prognose zu ermitteln und diesen Wert bis zum Todestag mit einen Satz abzuzinsen, welcher der Rendite und dem Kaufkraftschwund entspricht (streitig).

88 §§ 15 und 25 WertV ermöglichen Zu- und Abschläge.

- **Zuschlag:** Bauerwartungsland[7], abbauwürdiges Kies- oder Sandvorkommen, auch wenn noch keine Ausbeutung erfolgt[8], wertbildende Nutzungsmöglichkeiten eines Mietshauses durch Umwandlung in Wohnungseigentum[9], Werterhöhung bei erzielbarem Jagdpachtzins[10]; genehmigungsfähige Schwarzbauten[11], aber keine Pachtverträge[12].
- **Abzug:** Nach einer Ansicht entspricht der Verkehrswert eines Miteigentumsanteils an einer Immobilie nicht dem Verhältnis zum Gesamtwert. Ein deutlicher **Wertabschlag** habe wegen der besonders schwierigen Verkäuflichkeit des **Miteigentumsanteils** zu erfolgen[13]. Dieser Ansicht ist zu-

1 Vgl. www.ivd.net/.
2 BGH v. 2.7.2004 – V ZR 213/03, BGHReport 2004, 1402; *Tremel*, ZEV 2007, 365 (367).
3 § 2312 BGB.
4 BGH v. 22.11.1991 – V ZR 187/90, NJW 1992, 1454.
5 *J. Mayer*, ZEV 1994, 331 (334). Für Altfälle s. Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 79.
6 *Klingelhöffer*, Rz. 196 f.; a.A. *Knöpfel*, ZErb 2007, 148 (149, Ertragswert, hilfsweise Substanzwert mangels Gewinnüberschüsse); a.A. *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 88 (der eigentliche Wert der Beteiligung liege in dem durch Verlustzuweisung begründeten, schwer zu bemessenden Steuervorteil).
7 OLG Stuttgart v. 18.1.1967 – 13/6 U 194/63, NJW 1967, 2410; *Klingelhöffer*, Rz. 187 (Zuschlag auf landwirtschaftlichen Wert).
8 BGH v. 1.7.1982 – III ZR 10/81, MDR 1982, 914 (sofern die für den Abbau nötige öffentlich-rechtliche Genehmigung erteilt werden kann); auch BGH v. 19.12.2002 – III ZR 41/02, BGHReport 2003, 401.
9 BGH v. 14.10.1992 – IV ZR 211/91, NJW-RR 1993, 131.
10 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 137.
11 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 71.
12 A.A. OLG Koblenz v. 9.8.2004 – 12 U 432/03, OLGReport 2005, 113.
13 AG Andernach v. 1.3.2007 – 6c 1189/06, FamRZ 2008, 190 (15 % Abschlag; bestätigt durch LG Koblenz v. 19.4.2007 – 6 S 85/07, nicht veröffentlicht); *Schopp*, ZMR 1994,

zustimmen (streitig)[1]. Der BGH hat zwar nicht beanstandet, dass der Wert von halbem Miteigentum der Hälfte des Gesamtwerts entspricht[2]. Indes ist die Wertermittlung Tatsachenfrage, die vom BGH nur eingeschränkt überprüft wird. Tatsächlich nehmen potenzielle Erwerber für bloße Miteigentumsanteile grundsätzlich einen Kaufpreisabschlag vor, der von 10 % an deutlich aufwärts liegen kann. Denn der Erwerber muss sich mit den anderen Miteigentümern auseinander setzen und kann nicht uneingeschränkt über die Immobilie verfügen. Die Möglichkeit einer Teilungsversteigerung ändert daran nichts. Diese Verfahren dauern und kosten. Sie bergen das Risiko einer Veräußerung unter Wert („Schnäppchenmarkt"). **Grundpfandrechte** haben keine Verkehrswertrelevanz[3]. Wertmindernd sind **Nießbrauch** und Wohnrecht[4]. Bei den Rechten „auf Lebenszeit" erhöhen Gutachter den rechnerischen Wert des Abzugs um teilweise bis zu 25 %, im Einzelfall sogar bis zu 50 %. Es wird das Risiko des potentiellen Käufers berücksichtigt, dass der Berechtigte länger lebt, als ihm nach der Statistik (Sterbetafel) zukommt[5]. Weitere **Beispiele**: Wiederkaufsrecht[6], Rückübertragungsrechte (s. Rz. 230), Bauschäden und Renovierungsstau nach §§ 23, 24 WertV[7], vertragliche Veräußerungsbeschränkungen im Rahmen eines sog. „Einheimischen-Modells"[8]. Abzüge sind bei ausländischen Immobilien i.d.R. angezeigt, z.B.wegen etwaiger Grundstücksverkehrsgesetze[9]. Bei bebauten Grundstücken wird weiter geprüft, ob der Wert auf dem Markt realistisch erzielt werden kann, § 7 WertV i.V.m. Nr. 3.7 WertR 06. Diese **Marktanpassung** ist häufig mangelhaft begründet[10].

Zur **Beratungssituation**: Der Gutachter wird den Wert des Miteigentumsanteils an der eigengenutzten Eigentumswohnung ermitteln: Verkehrswert

---

552 ff., Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 79; *Gottwald*, § 2311 BGB Rz. 28;*Kasper* in Scherer, MAH Erbrecht, § 46 Rz. 42; *Kerscher/Riedel/Lenz*, § 7 Rz. 70; *Tremel*, ZEV 2007, 365 (367); *Riedel*, Die Bewertung von Gesellschaftsanteilen im Pflichtteilsrecht, 2006, § 3 Rz. 337.

1 A.A. SchlHOLG v. 12.10.1999 – 3 U 179/98, OLGReport 2000, 241; LG München I v. 19.1.2009 – 15 O 14035/06 (nicht veröffentlicht); wohl auch *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 86.

2 BGH v. 8.4.1992 – IV ZR 2/91, NJW 1992, 2887; *Bissmeier*, ZMR 1995, 106 f.

3 Ständige Gutachterpraxis, Ziff. 2.2.3 WertR 06; sie können aber den Wert einer Grundstücksschenkung mindern, BGH v. 7.4.1989 – V ZR 252/87, MDR 1989, 803.

4 BGH v. 8.4.1992 – IV ZR 2/91, NJW 1992, 2887. Zum Verkehrswert eines mit einem Nutzungsrecht belasteten Grundstücks s. Ziff. 4.4 WertR 06, Anlagen 17, 19 (Beispiele).

5 *Daragan*, FS Damrau, Grundstücksschenkung unter Nießbrauchsvorbehalt und Pflichtteilsergänzung, 2007, 131 (141).

6 BGH v. 7.7.1993 – XII ZR 35/92, MDR 1993, 1085; OLG Brandenburg v. 29.9.2003 – 9 UF 225/02, OLGReport 2004, 189; Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 74.

7 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 80.

8 *Klingelhöffer* Rz. 194; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 87; Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 79.

9 *Klingelhöffer*, Rz. 191 f.; Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 79; *Kasper* in Scherer, MAH Erbrecht, § 46 Rz. 43; *Wachter*, ZErb 2003, 306 ff. (Österreich).

10 Marktanpassungsfaktoren liefern Gutachterausschüsse und deren Marktberichte.

der Eigentumswohnung nach dem Sachwertverfahren minus Abschlag für das vorbehaltene Wiederkaufsrecht geteilt durch zwei abzgl. eines gewissen Abschlags für den bloßen Miteigentumsanteil.

cc) Wertermittlung von Unternehmen

➲ **Beratungssituation:** Mandantin ist pflichtteilsberechtigt. Die Alleinerbin führt eine florierende Brauerei fort. Der Wert des Unternehmens wurde nach dem Ertragswert berechnet. Mandantin rügt, dass drei große Hotelgrundstücke als nicht betriebsnotwendiges Vermögen nicht bewertet wurden. Zu Recht?

Soweit kein zeitnaher maßgeblicher Verkaufserlös vorliegt, erfolgt die Wertfeststellung durch Gutachten. **Ziel** ist, den vollen wirklichen Wert des Unternehmens zu ermitteln[1]. Beim Wertermittlungsstichtag ist es ratsam, dass Erbe und Pflichtteilsberechtigter einen anderen Bilanzstichtag, z.B. am 31.12. vor dem Todestag, vereinbaren, um Aufwand und Kosten für eine Zwischenbilanz zu vermeiden[2]. Zum Abzug von Ertragsteuer s. Rz. 84 f. Zur Bewertung ausländischer Unternehmen s. *Großfeld*[3]. 89

➲ **Beratungshinweis:** Die erbschaftsteuerliche Bewertung hat ab 1.1.2009 ebenfalls das Ziel, für Unternehmen aller Rechtsformen den gemeinen Wert zu ermitteln, s. Kapitel D. Die sieben steuerlichen Bewertungsmethoden beruhen aber auf einer im Verwaltungsverfahren notwendigen Typisierung und Vereinfachung[4]. Der so ermittelte Wert ist daher im Pflichtteilsrecht nur maßgeblich, wenn eine entsprechende Bewertungsvereinbarung zwischen Erbe und Pflichtteilsberechtigten vorliegt. Dies kann ratsam sein.

(1) Wertbegriff

Im Wesentlichen sind folgende Wertbegriffe zu unterscheiden: 90

Substanzwert: Der Wert des Unternehmens entspricht dem Wiederbeschaffungswert aller selbstständig veräußerungsfähigen Vermögensgegenstände des Unternehmens abzüglich der Schulden (Wiederbeschaffungswert). Unberücksichtigt bleibt der Geschäftswert (**Goodwill** oder innerer Firmenwert), der durch immaterielle Faktoren wie Name, Ruf, Ansehen, Standort, Organisation, Qualität des Managements, Konkurrenzsituation, Umsatzvolumen, Mit-

1 BGH v. 7.5.1986 – IVb ZR 42/85, FamRZ 1986, 776; BGH v. 6.2.2008 – XII ZR 45/06, NJW 2008, 1221 (§ 1376 BGB); Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 80.
2 *Klingelhöffer*, Rz. 207.
3 *Großfeld*, Unternehmens- und Anteilsbewertung im Gesellschaftsrecht, 2002, S. 240 ff.; zu Anteilen eines deutschen Erblassers an einer englischen Limited, *Von Oertzen/Cornelius*, ZEV 2006, 106 ff.
4 Kritisch *Piltz*, DStR 2008, 745 ff.; *Flöter/Matern*, NWB 2008, 1727; *Hannes/Onderka*, ZEV 2208, 173; *Geck*, ZEV 2008, 557 (560).

arbeiterstamm geprägt wird[1]. Die Einzelbewertung geht davon aus, dass das Unternehmen nicht beendet bzw. liquidiert, sondern fortgeführt wird[2].

91 **Liquidationswert:** Der Wert des Unternehmens entspricht dem Verkaufserlös aller Vermögensgegenstände des Unternehmens nach Tilgung der Schulden, der sich ohne Unternehmensfortführung ergibt[3] (Zerschlagungswert). Die Vermögensgegenstände werden einzeln bewertet. Der Liquidationswert kann über oder auch unter dem Buchwert liegen. Er ist auch für **nicht betriebsnotwendiges Vermögen** des Unternehmens maßgeblich[4]. Dies liegt vor, wenn Vermögen außerhalb des eigentlichen Unternehmenszwecks steht und sich durch dessen Wegfall der Ertragswert nicht verändern würde[5]. Eine latente Ertragsteuerlast ist stets beachtlich[6].

92 **Ertragswert:** Der Wert des Unternehmens bestimmt sich durch den Barwert der zukünftigen Nettozuflüsse an den Unternehmenseigner und den Wert nicht betriebsnotwendigen Vermögens[7] (Zukunftswert). Diese Überlegungen sind für einen potenziellen Erwerber ausschlaggebend. Es erfolgt eine Gesamtbewertung. Dem Ertragswert werden weder ein Goodwill noch der Wert der einzelnen Wirtschaftsgüter hinzugerechnet. Daneben hat sich das „Discounted-Cash-Flow-Verfahren" (**DCF-Verfahren**[8]) zur Unternehmensbewertung etabliert. Das DCF-Verfahren bewertet ebenfalls den zu erwartenden Zukunftserfolg[9], der sich nach Ausgaben und Einnahmen (Einnahmeüberschüsse = Cashflow) und nicht nach Aufwand und Ertrag wie im Ertragswertverfahren richtet[10]. Beide Verfahren kommen theoretisch zum **gleichen Ergebnis**[11]. In

1 BGH v. 18.4.2002 – IX ZR 72/99, ZEV 2002, 322; BGH v. 25.11.1998 – XII ZR 84/97, MDR 1999, 362; BGH v. 6.2.2008 – XII ZR 45/06, NJW 2008, 1221 (§ 1376 BGB).
2 Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 81.
3 *Riedel*, Die Bewertung von Gesellschaftsanteilen im Pflichtteilsrecht, 2006, § 3 Rz. 128 ff.; *Kaiser*, Deutsche Erbrechtszeitschrift 2000, 4 ff.
4 BGH v. 8.9.2004 – XII ZR 194/01, BGHReport 2005, 166 (§ 1376 BGB; keine Mischwertbildung durch Zuschlag zum Ertragswert); BayObLG v. 29.9.1998 – 3 Z BR 159/94, DB 1998, 2315; OLG Köln v. 26.3.1999 – 19 U 108/96, OLGReport 1999, 281.
5 BGH v. 8.9.2004 – XII ZR 194/01, BGHReport 2005, 166 (Werkhalle, § 1376 BGB); *Piltz/Wissmann*, NJW 1985, 2673 (2674, z.B. überschüssige Finanzmittel, nicht betrieblich genutzte Grundstücke, weitere Beteiligungen); Ziffer 4.5 der IDW S 1, Stand 2.4.2008, www.idw.de (unter „Verlautbarungen").
6 BGH v. 8.9.2004 – XII ZR 194/01, BGHReport 2005, 166 (§ 1376 BGB); OLG München v. 26.10.2006 – 31 Wx 12/06, OLGReport 2007, 45.
7 S. *Riedel*, Die Bewertung von Gesellschaftsanteilen im Pflichtteilsrecht, 2006, § 3 Rz. 135 ff.
8 Ziffer 7.3. der IDW S 1, Stand 2.4.2008, www.idw.de (unter „Verlautbarungen"); *Riedel*, Die Bewertung von Gesellschaftsanteilen im Pflichtteilsrecht, 2006, § 3 Rz. 213 ff.; OLG München v. 15.12.2004 – 7 U 5665/03, OLGReport 2005, 95 (AktG).
9 Ziffer 7.1. der IDW S 1, Stand 2.4.2008, www.idw.de (unter „Verlautbarungen").
10 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 102.
11 Ziffer 7.1. der IDW S 1, Stand 2.4.2008, www.idw.de (unter „Verlautbarungen").

der Praxis ergeben sich aber Unterschiede, die auf anderen Annahmen zur Kapitalstruktur, zu Plandaten und Risikozuschlägen beruhen[1].

(2) Wahl der richtigen Wertermittlung

Das Gesetz schreibt keine Bewertungsmethode vor. Der Tatrichter entscheidet unter Zuziehung eines Sachverständigen, welche in der Betriebswirtschaft vertretene Bewertungsmethode zu einem angemessenen Ergebnis führt[2]. Das bedeutet nicht, dass die Unternehmensbewertung allein nach den Standards des Instituts der Wirtschaftsprüfer (IDW Standard)[3] zu erfolgen hat. Maßgeblich ist der aktuelle Stand der Betriebswirtschaftslehre, auch wenn er noch nicht in den Standards der IDW enthalten ist[4]. Gerichte und Gutachter legen regelmäßig den Ertragswert zugrunde[5]. In jüngster Zeit wird das Ertragswertverfahren im Pflichtteilsrecht als „nicht unbedenklich" kritisiert[6] und dem DCF-Verfahren der Vorzug eingeräumt[7]. Diese Bedenken werden nicht geteilt. Beide Verfahren ermitteln den Barwert zukünftiger finanzieller Überschüsse[8]. Die früher angewendeten Mischmethoden[9] oder das Substanzwertverfahren sind nach der h.L. überholt, da ein Erwerber den Preis nach dem künftigen Ertrag bemisst. Die Rechtsprechung hält diese Methoden aber für zulässig, insbesondere bei kleineren Betrieben[10]. Zuzugeben ist, dass der Substanzwert bei der Preisfindung Bedeutung haben kann[11]. 93

1 *Großfeld*, Unternehmens-und Anteilsbewertung im Gesellschaftsrecht, 2002, S. 46; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 103.

2 BGH v. 8.9.2004 – XII ZR 194/01, BGHReport 2005, 166 (§ 1376 BGB); *J. Mayer*, ZEV 1994, 331 (334); BayObLG v. 19.10.1995 – 3 Z BR 1790, BayObLGR 1996, 5.

3 IDW S. 1, Stand 2.4.2008, www.idw.de (unter „Verlautbarung"); hierzu *Wagner/Saur/Willershausen*, WPg 2008, 731 ff. (Modifikation wegen Unternehmenssteuerreform 2008).

4 OLG München v. 26.7.2007 – 31 Wx 099/06, OLGReport 2007, 811(§ 305 AktG); OLG Celle v. 19.4.2007 – 9 W 53/06, OLGReport 2008, 114 (§ 305 AktG); *Paulsen*, WPg Sonderheft 2008, 109.

5 BGH v. 24.5.1993 – II ZR 36/92, NJW 1993, 2101; BGH v. 8.9.2004 – XII ZR 194/01, BGHReport 2005, 166 (§ 1376 BGB); BGH v. 18.4.2002 – IX ZR 72/99, ZEV 2002, 322; OLG KölnMünchen v. 26.3.1999 – 19 U 108/9610.5.2007 – 31 Wx 119/06, OLGReport 1999, 2812007, 814 (§ 327a AktG); OLG Stuttgart v. 1.10.2003 – 4 W 34/93, OLGReport 2004, 6 (§ 305 AktG).

6 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 100 (die starke Prognoseorientierung der Methode kann mit dem Stichtagsprinzip im Spannungsverhältnis stehen).

7 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 102.

8 Ziffer 7.1. der IDW S 1, Stand 2.4.2008, www.idw.de (unter „Verlautbarungen"); *Winkler*, ZEV 2005, 89 (90).

9 Substanzwert mit Korrektur über den Goodwill bzw. Kombination von Substanz- und Ertragswert durch Bildung eines Mittelwerts.

10 Vgl. BGH v. 23.5.1993 – II ZR 36/92, NJW 1993, 2101; BGH v. 16.12.1991 – II ZR 58/91, NJW 1992, 892, BGH v. 18.4.2002 – IX ZR 72/99, ZEV 2002, 322; *Winkler*, ZEV 2005, 89 (90: inhaberdominierte oder inhaberausgerichtete Unternehmen); Palandt/*Brudermüller*, § 1376 BGB Rz. 9; *Kogel*, NJW 2007, 556 (557, § 1376 BGB).

11 *Piltz*, Die Unternehmensbewertung in der Rechtsprechung, 1994, S. 35 f.

94 **Übersicht:**

- Ein vom Erben fortgeführtes gesundes Unternehmen ist mit dem Ertragswert zu bewerten. Die Feststellung des Substanz- oder Liquidationswerts unterbleibt[1].
- Der Ertragswert des fortgeführten Unternehmens ist nach kritisierter Ansicht des BGH[2] auch maßgeblich, wenn er **unter** dem **Liquidationswert** liegt. Der Pflichtteilsberechtigte darf sich dann nicht auf einen höheren Liquidationswert berufen. Der höhere Liquidationswert ist nur maßgeblich, wenn der Erbe zur Liquidation verpflichtet ist oder ein liquidationsreifes Unternehmen aus wirtschaftlich nicht vertretbaren Gründen weiterführt[3]. Im Übrigen ist der Unternehmer frei, sich für oder gegen die Fortführung zu entscheiden[4]. Insoweit wird vereinzelt auf die Frist nach § 27 Abs. 2 HGB abgestellt[5]. Nach verbreiteter **a.A.**[6] ist der **Liquidationswert** die **Untergrenze** für die Pflichtteilsberechnung, soweit nicht der Erbe zur Fortführung des unrentablen Unternehmens verpflichtet ist. Dem ist zuzustimmen. Der gemeine Wert eines Nachlassgegenstands darf für die Pflichtteilsberechnung nicht von einer subjektiven Entscheidung des Erben abhängig gemacht werden[7], s. Rz. 77.
- Der **Liquidationswert** ist nach h.M. maßgeblich, wenn der Erbe das Unternehmen nicht fortführt. Das gilt auch dann, wenn der Ertragswert über dem Liquidationswert liegt.
- Der Wert kleiner Unternehmen, Freiberuflerpraxen und **Handwerksbetriebe** wird durch die Person des Inhabers geprägt. Die in der Vergangenheit erzielten Unternehmenszahlen lassen sich nicht von der Person des verstorbenen Inhabers lösen[8]. Die Aussagekraft des Ertragswerts schwin-

1 BayObLG v. 29.9.1998 – 3 Z BR 159/94, DB 1998, 2315; OLG Köln v. 26.3.1999 – 19 U 108/96, OLGReport 1999, 281.

2 BGH v. 17.1.1973 – IV ZR 142/70, NJW 1973, 509; BGH v. 7.5.1986 – IVb ZR 42/85, FamRZ 1986, 776; (anders für das Innenverhältnis nach § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB, wenn der Liquidationswert erheblich höher ist, BGH v. 13.3.2006 – II ZR 295/04, BGHReport 2006, 857); zustimmend *Kasper* in Scherer, MAH Erbrecht, § 46 Rz. 26; Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 81., 56d; Palandt/*Brudermüller*, § 1376 BGB Rz. 7.

3 BGH v. 17.3.1982 – IVa ZR 27/81, NJW 1982, 2497 (der beim Erbfall vorhandene Liquidationswert zählt, wenn das unrentable Unternehmen drei Jahre später ohne Erlös liquidiert wird); a.A. weil der Erbe bei seriösen Sanierungsmaßnahmen das Risiko nicht tragen darf, den Pflichtteilsberechtigten zum höheren Wert abzufinden: Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 81a.

4 BGH v. 17.1.1973 – IV ZR 142/70, NJW 1973, 509.

5 Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 81.

6 *Piltz/Wissmann*, NJW 1985, 2673 (2679); MüKo/*Lange*, § 2311 BGB Rz. 25; *J. Mayer*, in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 104 f.; *J. Mayer*, ZEV 1994, 331 (335); Soergel/*Dieckmann*, § 2311 BGB Rz. 21; *Riedel*, Die Bewertung von Gesellschaftsanteilen im Pflichtteilsrecht, 2006, § 3 Rz. 260.

7 Ebenso *J. Meyer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 105; Soergel/*Dieckmann*, § 2311 BGB Rz. 20 (gegen subjektive, auf den jeweiligen Unternehmer abstellende Wertermittlung).

8 BGH v. 30.9.1981 – IVa ZR 127/80, NJW 1982, 575; Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 83; a.A. *Michalski/Zeidler*, FamRZ 1997, 397.

det[1]. Bewertungsobjekt können nur solche Ertragsmerkmale sein, die auf einen potentiellen Erwerber übertragbar sind[2]. Piltz bemerkt zudem, dass beim Verkauf von Kleinbetrieben häufig Preise erzielt werden, die unter dem Ertragswert liegen[3]. Der BGH[4] favorisiert die Anwendung des Substanzwerts mit einem Aufschlag für einen etwaigen Geschäftswert. Dies ist i.d.R. der Fall, wenn ein Erwerber die Chance hat, den Wert eines Kundenstammes zu übernehmen und hierauf aufzubauen[5]. Der Wert des Goodwill wird aus einem Prozentsatz des bereinigten Vorjahresumsatzes ermittelt (Umsatzwert). Der Prozentsatz ist branchenabhängig. I.d.R. legen Gerichte die Bewertungsgrundsätze der jeweiligen Berufskammern und Standesorganisationen zugrunde[6]. **Faustformel:** Der Unternehmenswert ist umso geringer, je größer die persönliche Prägung des Betriebs durch den Inhaber ist. Steht und fällt der Betrieb mit der Person des Betriebsinhabers, wird der Käufer kaum einen Kaufpreis bezahlen, der über dem reinen Sachwert des Betriebs liegt[7]. Nach **a.A.**[8] ist jedenfalls für Freiberuflerpraxen ein modifiziertes Ertragswertverfahren anzuwenden.

Bewertungsbeispiele:

Anwaltskanzlei[9], Apotheke[10], Architektenbüro[11], Arztpraxis[12], Tierarztpraxis[13], Bäckerei[14], Handelsvertretung[15], Ingenieurbüro[16], Steuerberaterpraxis[17], Zahnarztpraxis[18], Maschinenbauunternehmen[19].

Zur **Beratungssituation**: Der Wert der Brauerei setzt sich aus dem Ertragswert und dem Liquidationswert der nicht betriebsnotwendigen drei Hotelgrundstücke zusammen. Das Gutachten ist fehlerhaft, da die Bewertung nicht betriebsnotwendigen Vermögens fehlt.

---

1 *Klingelhöffer*, Rz. 199.
2 BGH v. 6.2.2008 – XII ZR 45/06, NJW 2008, 1221 (§ 1376 BGB).
3 *Piltz*, Die Unternehmensbewertung in der Rechtsprechung, 1994, S. 50.
4 BGH v. 30.9.1981 – IVa ZR 127/80, NJW 1982, 575 (§ 1376 BGB); BGH v. 6.2.2008 – XII ZR 45/06, NJW 2008, 1221 (§ 1376 BGB).
5 *Horn*, NWB 2006, 2859 (2866).
6 BGH v. 24.10.1990 – XII ZR 101/89, FamRZ 1991, 43; BGH v. 6.2.2008 – XII ZR 45/06, NJW 2008, 1221 (§ 1376 BGB); *Horn*, NWB 2006, 2859 (2866).
7 BGH v. 9.3.1977 – IV ZR 166/75, FamRZ 1977, 386 (Sachausstattungswert).
8 S. Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 84; *Riedel*, Die Bewertung von Gesellschaftsanteilen im Pflichtteilsrecht, 2006, § 3 Rz. 240 ff.
9 Grundsätze in BRAK 2007, 112 ff.; *Römermann*, NJW 2003, 2709; *Janssen*, NJW 2003, 3387; *Piltz*, ZEV 2007, 301 ff. (§ 1376 BGB).
10 BGH v. 18.9.1985 – IVa ZR 26/85, NJW-RR 1986, 163.
11 OLG München v. 13.3.1984 – 4 UF 195/83, FamRZ 1984, 1096 (§ 1376 BGB).
12 BGH v. 24.10.1990 – XII ZR 101/89, FamRZ 1991, 43 (§ 1376 BGB); OLG Schleswig v. 29.1.2004 – 5 U 46/97, OLGReport 2004, 172; Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB, Rz. 86 (Problem GesundheitsstrukturG).
13 BGH v. 6.2.2008 – XII ZR 45/06, NJW 2008, 1221.
14 BGH v. 23.11.1977 – IV ZR 131/76, NJW 1978, 884 (§ 1376 BGB).
15 BGH v. 9.3.1977 – IV ZR 166/75, FamRZ 1977, 386.
16 BGH v. 13.10.1976 – IV ZR 104/74, FamRZ 1977, 38 (§ 1376 BGB).
17 BGH v. 25.11.1998 – XII ZR 84/97, MDR 1999, 362 (§ 1376 BGB).
18 OLG Koblenz v. 11.1.1988 – 13 UF 1492/1986, FamRZ 1988, 950 (§ 1376 BGB).
19 BGH v. 8.9.2004 – XII ZR 194/01, BGHReport 2005, 166 (§ 1378 BGB).

(3) Beispiel einer Ertragswertberechnung

95 Es ist eine „vergangenheitsorientierte Prognose der Ertragsaussichten“[1] erforderlich. Der zukünftige Ertrag ergibt sich aus dem Saldo von Erträgen und Aufwendungen, der auf den Bewertungsstichtag abgezinst und zum Ertragswert kapitalisiert wird[2]. Einschlägige **Fachliteratur**[3] wird empfohlen.

96 **Übersicht:**

– **Vergangenheitsschau:** Die Ertragsüberschüsse (handelsrechtlichen Erfolge) der letzten drei bis fünf Jahre sind zu analysieren und zu bereinigen[4]. Dadurch soll ein dem normalen Geschäftslauf entsprechendes künftiges Ergebnis berechnet werden. Dabei sind nur betrieblich bedingte Erträge und Aufwendungen zu erfassen[5].

– **Zukunftsvorausschau:** Aufgrund der Vergangenheitsanalyse sind die künftigen Überschüsse im Wege einer Ertragsprognose zu schätzen und der Jahresdurchschnittsgewinn zu errechnen[6]. Inwieweit der Vergangenheitserfolg dem zukünftigen zugrunde gelegt werden kann, ist sorgfältig zu analysieren[7]. Die vergangenen Jahresergebnisse sind zu gewichten. **Ertragswertentwicklungen** sind beachtlich, soweit sie am Bewertungsstichtag angelegt und schon mit hinreichender Wahrscheinlichkeit absehbar waren (Wurzeltheorie)[8]. Maßgebliche Faktoren: Planungsrechnungen des Unternehmens, Unsicherheitsfaktoren (konjunkturelle Einflüsse, Strategien der Konkurrenten, Änderung der Nachfragesituation), Veränderung der Kosten-Erlös-Relation. Übliche Ertragsschwankungen können bereits durch die bereinigten Jahresergebnisse Beachtung finden[9]. Sachgerecht ist in vie-

1 *Lange/Kuchinke*, § 37 VI 3d a).
2 BayObLG v. 19.10.1995 – 3 Z BR 17/90, BayObLGR 1996, 5.
3 *Großfeld*, Unternehmens- und Anteilsbewertung im Gesellschaftsrecht, 2002; *Piltz*, Die Unternehmensbewertung in der Rechtsprechung, 1994; *Riedel*, Die Bewertung von Gesellschaftsanteilen im Pflichtteilsrecht, 2006; *Ernst/Schneider/Thielen*, Unternehmensbewertungen erstellen und verstehen, 2008; *Peemöller*, Praxis-Handbuch der Unternehmensbewertung, 2009; *Paulsen*, WPg Sonderheft 2008, 109 ff.; Grundsätze zur Durchführung von Unternehmensbewertungen, IDW S 1, Stand 2.4.2008, www.idw.de (unter „Verlautbarungen“); hierzu *Wagner/Saur/Willershausen*, WPg 2008, 731 ff.
4 Schwerpunkt ist die Bereinigung bilanzpolitischer Erwägungen: Ziffer 7.2.2.1. der IDW S 1, FN-IDW 2000, 415 (430Stand 2.4.2008, www.idw.de (unter „Verlautbarungen“).
5 OLG Köln v. 26.3.1999 – 19 U 108/96, OLGReport 1999, 281.
6 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 95.
7 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 95.
8 BGH v. 17.1.1973 – IV ZR 142/70, NJW 1973, 509; OLG München v. 15.12.2004 – 7 U 5665/03, OLGReport 2005, 95; OLG Köln v. 26.3.1999 – 19 U 108/96, OLGReport 1999, 281.
9 OLG Köln v. 26.3.1999 – 19 U 108/96, OLGReport 1999, 28. Die spezifischen Unternehmensrisiken können alternativ im Rahmen des Risikozuschlags beim Kapitalisierungszins angesetzt werden (Doppelverwertungsverbot).

len Fällen, dem letzten Jahr der Vorjahresgewinne das größte Gewicht beizumessen[1].

Beispiel:

2004: 710 000 Euro	(bereinigt)	× 1	(Gewichtungspunkt)	710 000 Euro
2005: 680 000 Euro		× 2		1 360 000 Euro
2006: 720 000 Euro		× 2		1 440 000 Euro
2007: 780 000 Euro		× 3		2 340 000 Euro
2008: 900 000 Euro		× 3		2 700 000 Euro
				8 550 000 Euro
Künftiger Jahresdurchschnittsgewinn:				
8 550 000 Euro: 11 (Bewertungspunkte)				777 272,27 Euro

Dieser Überschuss ist auf den Bewertungsstichtag abzuzinsen. Formel bei einer unterstellten unbegrenzten Lebensdauer des Unternehmens:

Künftiger Jahresdurchschnittsgewinn:

$$\frac{\text{künftiger Überschuss} \times 100}{\text{Kapitalisierungszins}} = \text{Barwert künftiger Erfolge}$$

Je höher der Kapitalisierungszinssatz angesetzt ist, desto niedriger ist der Barwert künftiger Erfolge und damit der Unternehmenswert. Die Sachverständigenansätze schwanken zwischen 5–15 % jährlich[2]. Im Kapitalisierungszins wird der Renditeerwartung des potenziellen risikoscheuen Käufers Rechnung getragen. Die Anlage von Kapital in einem Unternehmen ist mit größeren Risiken verbunden als diejenige in Staatspapieren oder anderen öffentliche Emissionen[3]. Der Kapitalisierungszins wird bestimmt durch die übliche Effektivverzinsung öffentlicher Anleihen, sog. Basiszins[4], einem etwaigen Abschlag wegen des geringeren Inflationsrisikos[5] als bei einer Kapitalbeteiligung und einem Zuschlag für das Unternehmensrisiko. Der Risikozuschlag ist nur gerechtfertigt, soweit die Unternehmensrisiken nicht bereits durch vorsichtige Ansätze bei der Schätzung des Zukunftserfolgs berücksichtigt wurden (Verbot der Doppelberücksichtigung)[6]. Er wird sich regelmäßig zwischen 0,5 und 4 % bewegen[7]. Es zählen die Ver-

1 *Piltz*, Die Unternehmensbewertung in der Rechtsprechung, 1994, S. 27, 361–363 (Übersicht).
2 *Piltz*, Die Unternehmensbewertung in der Rechtsprechung, 1994, S. 27, 361–363 (Übersicht).
3 BGH v. 30.9.1981 – IVa ZR 127/80, NJW 1982, 575.
4 BGH v. 30.9.1981 – IVa ZR 127/80, NJW 1982, 575; *Großfeld*, Unternehmens- und Anteilsbewertung im Gesellschaftsrecht, 2002, S. 118; OLG München v. 26.10.2006 – 31 Wx 12/06, OLGReport 2007, 45 (§ 327a AktG); *Paulsen*, WPg Sonderheft 2008, 109 (111).
5 Inflationsabschlag von 1–2,5 %, *Großfeld*, Unternehmens- und Anteilsbewertung im Gesellschaftsrecht, 2002, S. 150 (147, kein Inflationsabschlag, falls nominale – nicht inflationsbereinigte – Überschüsse zugrunde gelegt werden).
6 *Piltz*, Die Unternehmensbewertung in der Rechtsprechung, 1994, S. 176, 177.
7 Übersicht bei *Großfeld*, Unternehmens- und Anteilsbewertung im Gesellschaftsrecht, 2002, S. 130; BGH v. 30.9.1981 – IVa ZR 127/80, MDR 1982, 300 (Risikozuschlag von 2 % gebilligt); OLG München v. 26.10.2006 – 31 Wx 12/06, OLGReport 2007, 45 (2 %, § 327a AktG); OLG München v. 2.4.2008 – 31 Wx 85/06,

hältnisse des bewerteten Unternehmens[1]. Überdies ist der Kapitalisierungszins um die persönliche Ertragbesteuerung zu kürzen, die mit 35 % typisiert wird, woraus ein Abschlag von 3,5 % folgt[2]. Die Unternehmenssteuerreform 2008 führt zu Modifikationen[3]. Ferner wird teilweise ein Wachstumsabschlag vorgenommen[4]. Ermittlungsschema für **Kapitalisierungszinssatz**[5]:

	Basiszinssatz
+	Risikozuschlag
–	Ertragsteuersatz (typisiert)
=	Kapitalisierungszins vor Wachstumsannahmen
–	Wachstums- bzw. Inflationsabschlag (für ewige Rente)
=	Kapitalisierungszinssatz

➲ **Beratungshinweis:** Der Kapitalisierungszinssatz liegt regelmäßig über dem Marktzins. Bereits geringe Veränderungen wirken sich erheblich auf den Barwert aus. Je höher der Kapitalisierungszins, desto kleiner ist der Unternehmenswert und umgekehrt. Wertgutachten sind insoweit aufmerksam zu überprüfen.

Im Beispielsfall wird ein Kapitalisierungszins von 12 % bestimmt:

$$\frac{777\,272{,}27 \text{ Euro künftiger Überschuss} \times 100}{12\,\% \text{ Kapitalisierungszins}} = 6\,477\,268{,}91 \text{ Euro Barwert}$$

Unternehmenswert: 6477268,91 Euro + Liquidationswert des nicht betriebsnotwendigen Vermögens. Danach ist der ermittelte Unternehmenswert zu überprüfen, ob er bei einem Verkauf des Unternehmens auch erzielt werden könnte.

OLGReport 2008, 446 (3 %, Übersicht über andere Risikozuschläge, § 327a AktG); generell ablehnend OLG Zweibrücken v. 9.3.1995 – 3 W 133/92 u. 3 W 145/92, WM 1995, 980.

1 *Piltz*, Die Unternehmensbewertung in der Rechtsprechung, 1994, S. 176, 177; ebenso *Großfeld*, Unternehmens- und Anteilsbewertung im Gesellschaftsrecht, 2002, S. 124 (Fn. 8), 127; OLG München v. 2.4.2008 – 31 Wx 85/06, OLGReport 2008, 446 (§ 327a AktG); *Paulsen*, WPg Sonderheft 2008, 109 (112).

2 *Großfeld*, Unternehmens- und Anteilsbewertung im Gesellschaftsrecht, 2002, S. 142; *Kunowski*, DStR 2005, 569 (571); OLG München v. 26.10.2006 – 31 Wx 12/06, OLGReport 2007, 45.

3 Zur Neufassung der IDW S 1, Stand 2.4.2008: *Wagner/Saur/Willershausen*, WPg 2008, 731 ff.

4 *Großfeld*, Unternehmens- und Anteilsbewertung im Gesellschaftsrecht, 2002, S. 143 (1 %); *Kunowski*, DStR 2005, 569 (572: 0,5 %–2,0 %); OLG München v. 26.10.2006 – 31 Wx 12/06, OLGReport 2007, 45 (1 % bei sicherem Markt).

5 *Kunowski*, DStR 2005, 569 (572); OLG München v. 26.10.2006 – 31 Wx 12/06, OLGReport 2007, 45.

dd) Wertermittlung von Gesellschaftsanteilen

(1) Grundsatz

Der Wert der Beteiligung entspricht dem Preis, den ein potenzieller Erwerber zahlen würde[1]. Liegt kein Veräußerungserlös[2] vor, ist der volle Wert des Unternehmens zu ermitteln. Davon wird die prozentuale Beteiligung errechnet (indirekte Methode)[3]. Maßgeblich ist der Anteil am Ertrag, nicht die Beteiligung am Gesellschaftskapital[4]. Vom **quotalen Unternehmenswert** sind **Zu- oder Abschläge**[5] nach der Binnenstruktur der Gesellschaft zu ermitteln. Herrschaftsrechte steigern, Veräußerungsbeschränkungen mindern den Wert des Anteils. **Beispiele:** Mehrheits- oder Minderheitsbeteiligung[6], Gewinn- und Liquidationserlösverteilung. Ein negatives Kapitalkonto soll vom Anteilswert nicht abgesetzt werden, sofern damit keine Verpflichtung des Gesellschafters gegenüber Gläubigern oder der Gesellschaft korrespondiert[7]. Die Beteiligung an einer sog. **Abschreibungsgesellschaft**, die steuerlich motiviert ist, soll entsprechend bewertet werden mit der Maßgabe der Berücksichtigung der steuerlichen Vor- und Nachteile beim Erben[8]. Rechtsprechung ist insoweit nicht ersichtlich. 97

(2) Buchwert-Abfindungsklauseln bei Personengesellschaften

Umstritten ist, ob der quotale Unternehmenswert oder der geringere **Wert des Abfindungsanspruchs** gilt, wenn der Erbe Gesellschaftsnachfolger wird und der Gesellschaftsvertrag eine **wirksame Buchwert-Abfindungsklausel**[9] enthält. Konfliktsituation: Der Erbe kann seinen unveräußerlichen Anteil am 98

1 BGH v. 16.12.1991 – II ZR 58/91, NJW 1992, 892; BGH v. 10.10.1979 – IV ZR 79/78, NJW 1980, 229; ausführlich *Riedel*, Die Bewertung von Gesellschaftsanteilen im Pflichtteilsrecht, 2006, § 3.

2 S. Rz. 80 ff.

3 BGH v. 18.4.2002 – IX ZR 72/99, ZEV 2002, 322; BGH v. 10.10.1979 – IV ZR 79/78, NJW 1980, 229; BGH v. 16.12.1991 – II ZR 58/91, NJW 1992, 892; *Großfeld*, Unternehmens- und Anteilsbewertung im Gesellschaftsrecht, 2002, S. 32; OLG Köln v. 26.3.1999 – 19 U 108/96, OLGReport 1999, 281; *Riedel*, Die Bewertung von Gesellschaftsanteilen im Pflichtteilsrecht, 2006, § 5 Rz. 406.

4 *Riedel*, Die Bewertung von Gesellschaftsanteilen im Pflichtteilsrecht, 2006, § 5 Rz. 406, 437.

5 *Sudhoff/Scherer*, § 17 Rz. 73; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 125; *Kasper* in Scherer, MAH Erbrecht; § 46 Rz. 28; Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 92; *Riedel*, Die Bewertung von Gesellschaftsanteilen im Pflichtteilsrecht, 2006, § 5 Rz. 407, 451 ff.

6 *Piltz/Wissmann*, NJW 1985, 2673 (2680); *Klingelhöffer*, Rz. 212.

7 *Klingelhöffer*, Rz. 221 m.w. N; a.A. teilweise *Winkler*, ZEV 2005, 89 (91).

8 *Klingelhöffer*, Rz. 220.

9 Vgl. BGH v. 2.6.1997 – II ZR 81/96, NJW 1997, 2592; BGH v. 13.3.2006 – II ZR 295/04, BGHReport 2006, 857; BGH v. 20.9.1993 – II ZR 104/92, NJW 1993, 3191; BGH v. 18.4.2002 – IX ZR 72/99, ZEV 2002, 322; zu Kontrollkriterien der Rspr. *Hülsmann*, NJW 2002, 1673 ff.; *Lux*, MDR 2006, 1203 ff.; Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 97 ff.; *Riedel*, Die Bewertung von Gesellschaftsanteilen im Pflichtteilsrecht, 2006, § 5 Rz. 502.

Markt nicht frei verwerten, § 719 BGB. Er kann sich nur durch Kündigung lösen und erhält dafür nur den Buchwert[1]. Der Pflichtteilsberechtigte will den vollen Wert des Anteils und verweist darauf, dass der Erbe zumindest bis zur Kündigung durch die Buchwertklausel nicht beeinträchtigt ist.

99 Es gibt verschiedene Lösungsansätze[2]:

Der BGH hat die pflichtteilsrechtliche Bedeutung der Klauseln noch nicht entschieden. Im Rahmen des Zugewinnausgleichs[3] unterscheidet er zwei Fallgruppen:

- Verbleibt der Erbe in der Gesellschaft, ist vom vollen Wert des Anteils auszugehen. Nach § 242 BGB erfolgt aber ein Abzug, soweit sich die eingeschränkte Verwertbarkeit der Beteiligung nach der Verkehrsanschauung auf den Wert auswirkt. Abzustellen ist auf den fiktiven Erlös, den ein Erwerber für den eingeschränkt verwertbaren Anteil bezahlt[4]. Auf subjektive Kriterien wie die Wahrscheinlichkeit der Kündigung, ist nicht abzustellen[5].
- Der Abfindungswert ist zugrunde zu legen, wenn die Kündigung bereits zum Stichtag erfolgt ist[6].

Im Pflichtteil versuchen einige Autoren, die Diskrepanz zwischen Voll- und Abfindungswert durch die Festlegung eines Zwischenwerts zu überwinden, der die Risiken des Abfindungsfalls einbezieht[7]. Der Einzelfall entscheidet, welcher Abschlag vom Vollwert vorzunehmen ist. Nach a.A. gilt stets der Vollwert der Beteiligung, sofern die Kündigung beim Erbfall nicht bereits eingeleitet war[8]. Nach differenzierter Meinung gilt der Vollwert nur, wenn ein Kommanditanteil vorliegt oder der Gesellschaftererbe die Beteiligung fortführt und er sich nicht in der Frist von § 139 Abs. 3 HGB für die Umwandlung in einen Kommanditanteil entscheidet[9]. Nach abweichenden Meinungen ist

1 Saldo der Konten des Gesellschafters zzgl. seines Anteils an offenen Rücklagen. Stille Reserven und der Goodwill bleiben unberücksichtigt.

2 Übersicht bei *Sudhoff/Scherer*, § 17 Rz. 73 ff.; Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 95 ff.; *Riedel*, Die Bewertung von Gesellschaftsanteilen im Pflichtteilsrecht, 2006, § 5 Rz. 511 ff.

3 BGH v. 10.10.1979 – IV ZR 79/78, NJW 1980, 229; BGH v. 1.10.1986 – IVb ZR 69/85, NJW 1987, 321 (GmbH-Anteil).

4 *Bratke*, ZEV 2000, 16 (17).

5 BGH v. 10.10.1979 – IV ZR 79/78, NJW 1980, 229; *Wegmann*, ZEV 1994, 7 (10); *Bratke*, ZEV 2000 16 (18).

6 BGH v. 10.10.1979 – IV ZR 79/78, NJW 1980, 229.

7 *Sudhoff/Scherer*, S. 236 § 17 Rz. 75; *Reimann* ZEV 1994, 7 (10); *Kasper* in Scherer, MAH Erbrecht, § 46 Rz. 31; *Bratke*, ZEV 2000, 16 (17 f.); *Eiselt*, NJW 1981, 2447 (Klauselwert bei tatsächlicher zeitnaher Kündigung); Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 106 (Klauselwert bei Kündigung unter Fristwahrung von § 139 Abs. 3 HGB2449).

8 Palandt/*Edenhofer*, § 2311 BGB Rz. 1410; Soergel/*Dieckmann*, § 2311 BGB Rz. 30; *Winkler*, ZEV 2005, 89 (93); MüKo/*Lange*, § 2311 BGB Rz. 33; *Riedel*, Die Bewertung von Gesellschaftsanteilen im Pflichtteilsrecht, 2006, § 5 Rz. 526 (Wertabschlag nur bei Gefahr Hinauskündigung/Einziehung).

9 Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 106 f.

der Abfindungswert[1] maßgeblich, jedenfalls wenn der Gesellschaftererbe zur Erfüllung der Pflichtteilsansprüche den Anteil alsbald nach dem Erbfall verwerten muss[2]. Manche billigen dem Erben ein Leistungsverweigerungsrecht hinsichtlich des Differenzbetrags zwischen Buch- und Vollwert[3] zu. Nach a.A. sollen die verbleibenden Gesellschafter die Differenz zwischen Buch- und Vollwert an den Pflichtteilsberechtigten zahlen, soweit er die Vereinbarung der Buchwertklausel nach §§ 134 InsO, 4 AnfG angefochten hat[4]. **Stellungnahme**: Eine vorläufige Lösung und ein späterer Ausgleich nach § 2313 BGB sind abzulehnen[5]. Das pflichtteilsrechtliche Bewertungsrecht verträgt keinen Schwebezustand. Die Grundsätze des BGH zu § 1376 BGB können entsprechend angewendet werden. Vorzugswürdig wäre aber, dass der Vollwert der Beteiligung zählt, wenn der Ertragswert maßgeblich ist. Diese Analogie zur Abzugsfähigkeit einer latenten Ertragsteuerlast bietet sich hier an (Rz. 84).

(3) Wert von GmbH-Anteilen

GmbH-Beteiligungen sind nach § 15 Abs. 1 GmbHG vererblich und fallen demnach in den Nachlass. Umstritten ist, ob sich Satzungsregelungen bei der Bewertung von GmbH-Anteilen auswirken: 100

Vinkulierungsklauseln nach § 15 Abs. 5 GmbHG führen dazu, dass die Anteile nicht frei veräußerbar sind. Hier besteht ein mit den Buchwert-Abfindungsklauseln in Personengesellschaften vergleichbarer Konflikt. Mithin ist ein Abschlag vom Verkehrswert vorzunehmen[6]. Klauseln, die den Erben nach dem Erbfall zur **Abtretung verpflichten** bzw. die **Einziehung** gegen eine Abfindung unter dem Verkehrswert ermöglichen, führen erst recht zu einem Abschlag analog den Buchwert-Abfindungsklauseln[7]. Denn der Gesellschafter verliert seinen Anteil zwangsläufig und kann nicht entscheiden, ob er ihn fortführt. Ein Abschlag ist nicht mehr möglich, wenn das Recht zur Einziehung nicht mehr besteht.

ee) Kasuistik weiterer Nachlasswerte

– **Bargeld** spricht für sich. Ausländische Zahlungsmittel sind mit dem Betrag anzusetzen, zu dem die Währung aufgekauft wird[8]. Bei Gedenk- und Gold- 101

1 Nachweise bei MüKo/*Lange*, § 2311 BGB Rz. 32, Fn. 154.
2 *Eiselt*, NJW 1981, 2447 (2450); *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 61.
3 RGRK/*Johannsen*, § 2311 BGB Rz. 21; *Siebert*, NJW 1960, 1033 (1036), §§ 242 o. 2331a BGB.
4 Nachweis bei Soergel/*Dieckmann*, § 2311 BGB Rz. 30.
5 BGH v. 1.10.1986 – IVb ZR 69/85, NJW 1987, 321 (§ 1376 BGB); *Reimann*, ZEV 1994, 7 (10); *Kasper* in Scherer, MAH Erbrecht, § 46 Rz. 30.
6 BGH v. 1.10.1986 – IVb ZR 69/85, NJW 1987, 321 (GmbH-Anteil, § 1376 BGB); *Sudhoff/Scherer*, § 17 Rz. 77; *Kasper* in Scherer, MAH Erbrecht, § 46 Rz. 32.
7 BGH v. 1.10.1986 – IVb ZR 69/85, NJW 1987, 321 (§ 1376 BGB); *Sudhoff/Scherer*, S. 237.§ 17 Rz. 79; *Kasper* in Scherer, MAH Erbrecht, § 46 Rz. 32; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 117; *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 67; *Klinger*, NJW-Spezial 2007, 397.
8 *Klingelhöffer*, Rz. 234.

münzen existiert ein Sammlermarkt. Sammlerkataloge weisen i.d.R überhöhte Preisvorstellungen aus. Versteigerungen oder Übernahmepreise von Fachgeschäften zeigen den wahren Wert.

102 – **Bankguthaben** sind mit dem Betrag am Todestag einzustellen einschließlich der Zinsen pro rata temporis[1]. Bei langfristigen Anlagen soll nach abzulehnender Ansicht eine Vorfälligkeitsentschädigung abzuziehen sein[2].

103 – **Forderungen** sind mit ihrem Nennwert einschließlich etwaiger angefallener Zinsen anzusetzen[3]. Bei noch nicht fälligen Forderungen ist eine Abzinsung vorzunehmen[4]. Ein grundsätzlicher Abschlag von 0,3 % des Kapitalwerts für das allgemeine Eintreibungsrisiko ist überdies abzulehnen[5]. **Wiederkehrende Leistungen** sind mit ihrem abgezinsten Kapitalwert zu berechnen[6]. Der Wert von Honorarforderungen wird durch eine etwaige Einkommensteuer eines nicht bilanzierenden Freiberuflers gemindert[7].

104 – **Fahrzeuge** sind durch Gutachten, Händlerangebot oder über die Schwacke-Liste[8] zu schätzen. Bei Oldtimern ist der auf dem Sondermarkt erzielbare Preis maßgeblich[9]. Der bei einer Inzahlungnahme durch einen Händler erzielte Preis liegt i.d.R. über dem Verkehrswert, der nicht zugunsten des Pflichtteilsberechtigten gehen darf. Bei einem umsatzsteuerpflichtigen Erblasser ist die abzuführende Umsatzsteuer vom Preis abzuziehen[10].

105 – **Gewerbliche Schutzrechte:** Ein Lizenzvertrag, die Verwertung musikalischer Rechte und Verlagshonorare sind nach dem Ertragswert zu ermitteln. § 2313 BGB ist nicht einschlägig[11]. Die Unwägbarkeiten sind groß. Der Vorschlag *Klingelhöffers*[12], den Pflichtteilsberechtigten in Höhe seiner Quote an Tantiemen vergleichsweise zu beteiligen, ist praxisgerecht.

---

1 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 20 ff.; *Klingelhöffer*, Rz. 235.
2 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 20, s. Rz. 51.
3 Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 64, 113.; *Klingelhöffer, Rz. 238*. Bei zweifelhaften Forderungen s. Rz. 72 f.
4 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 135; Staudinger/Haas, § 2311 BGB Rz. 64; vgl. BGH v. 17.7.2002 – XII ZR 218/00, BGHReport 2003, 69 (§ 1376 BGB).
5 Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 64. Für einen Abzug ist nach der Risikoverteilung des Stichtagsprinzips kein Raum; a.A. *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 135.
6 BGH v. 30.9.1954 – IV ZR 43/54, NJW 1954, 1764; Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 113; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 135.
7 *Klingelhöffer*, Rz. 238a.
8 Die Preise liegen i.d.R. etwas über dem tatsächlichen Marktpreis.
9 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 138.
10 *Kasper* in Scherer, MAH Erbrecht, § 46 Rz. 59; *Klingelhöffer*, Rz. 246.
11 *Kasper* in Scherer, MAH Erbrecht, § 46 Rz. 62.
12 *Klingelhöffer*, Rz. 259.

– **Technische Geräte** haben einen starken Preisverfall. Für Fernseher und Hi-Fi-Geräte besteht ein Markt[1]. Sachverständigenkosten stehen oft in keinem Verhältnis zum Wert der Gegenstände. Eine Einigung der Parteien ist ratsam. 106

– **Haushaltsgegenstände/Möbel** werden auf dem Markt nur zu einem Bruchteil des Anschaffungspreises gehandelt. Keinesfalls sind der Anschaffungspreis abzüglich eines Abnutzungsabschlags maßgeblich[2] (Formel „Anschaffungspreis: Lebensdauer × tatsächliches Alter"). Zu pauschal ist, dass die Wohnungseinrichtung „in der Regel keinen Wert haben" soll[3]. Gutachter weisen darauf hin, dass der Verkehrswert des gesamten Hausrats nicht der Addition der Einzelwerte entspricht, sondern erheblich darunter liegt. Eine Gesamtverwertung ist schwieriger als die Verwertung einzelner Gegenstände. Ferner sind Entsorgungsaufwendungen abzuziehen. Für übliche gebrauchte Orientteppiche existiert heute kein Markt. Deren Wert ist entsprechend gering. Erhebliche Wertabschläge sind für bloße Miteigentumsanteile vorzunehmen. Eine Einigung der Parteien ist ratsam. Hilfsweise kann die Schätzung eines Gebrauchtwaren- oder Möbelhändlers bemüht werden. 107

– **Fischereirechte**[4]. 108

– **Kunstgegenstände** (Gemälde, Antiquitäten, Plastiken) werden durch Sachverständige häufig zurückhaltend angesetzt. Sie haben den Wert nach dem Kunstmarkt, dem Grad der Verkäuflichkeit unter Berücksichtigung der Bedeutung des Künstlers, des Materialguts und der Galeriepreise zu ermitteln. Der Ankaufspreis oder der Versicherungswert sind nicht maßgeblich[5]. Der Materialwert stellt nicht die Wertuntergrenze dar[6]. Alternativen: Gegenstände zur Auktion freigeben, Stellungnahmen von renommierten Auktionshäusern einholen[7] oder auf die steuerliche Bewertung analog § 12 Abs. 1 ErbStG i.V.m. § 9 BewG abstellen[8]. 109

– **Kleidung und persönliche Gegenstände** haben auch bei hohen Anschaffungskosten in der Regel keinen Wert[9]. Ausnahmen können für exklusive Kleidungsstücke und Pelzmäntel gelten[10]. Die Schätzung eines Secondhandgeschäfts ist dienlich. 110

---

1 *Klingelhöffer*, Rz. 250.
2 *Klingelhöffer*, Rz. 249; a.A. Palandt/*Brudermüller*, § 1376 BGB Rz. 24 (Zugewinnausgleich).
3 Dafür: *Kasper* in Scherer, MAH Erbrecht, § 46 Rz. 60. Dagegen auch: *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 139.
4 *J. Mayer*, ZEV 1994, 331 (Fn. 10).
5 Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 15; *Kasper* in Scherer, MAH Erbrecht, § 46 Rz. 55.
6 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 141.
7 OLG Köln v. 5.10.2005 – 2 U 153/04, NJW 2006, 625; s. Rz. 138.
8 Auch insoweit ist der gemeine Wert maßgeblich, *von Oertzen*, ZEV 1999, 422 f.; hierzu *Scherer*, ZErb 2003, 69 ff.
9 *Klingelhöffer*, Rz. 248; Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 119.
10 Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 119.

111 – **Schmuck, Wertsachen, Sammlungen** bringen auf dem Markt oft nur einen Bruchteil ihres Anschaffungspreises. Der Materialwert entspricht nicht dem Mindestwert[1]. Wertgegenstände aus Gold werden nur mit 70–80 % vom jeweiligen Goldkurs angesetzt, da die Teile häufig eingeschmolzen werden. Es bietet sich die Stellungnahme eines Auktionshauses an oder der Vergleich mit Auktionsergebnissen. Bei Briefmarken kann die steuerliche Bewertung analog herangezogen werden. Die gängigen Sammlerkataloge weisen oft zu hohe Preise aus und sind nicht maßgeblich[2]. Eine Weinsammlung kann ebenfalls einen Wert haben[3].

112 – **Urheberrechte**[4].

113 – **Wertpapiere** (Aktien, Pfandbriefe, Obligationen, Bundesschatzbriefe, Rentenpapiere) sind zum mittleren Tageskurs am Todestag anzusetzen. Bei Aktien ist nach h.M. der mittlere Tageskurs der Börse, der dem letzten Wohnsitz des Erblassers am nächsten gelegen ist, maßgeblich, soweit kein DAX-Wert vorliegt[5]. Zum Abzug einer Spekulations- oder Abgeltungssteuer s. Rz. 85.

114 Umstritten ist, wann der Wert von **börsennotierten Unternehmensanteilen** durch Gutachten zu schätzen ist: Dies ist nach h.M. der Fall bei Aktienpaketen und Aktien an Familiengesellschaften sowie Aktienanteilen, die eine Sperrminorität verschaffen[6]. Ein Aufschlag ist möglich bei Gewinnbezugsrechten[7]. Überdies gilt nach h.M. der Börsenwert beim Erbfall. Die Korrektur des Börsenwerts nach § 242 BGB ist nur in besonderen Ausnahmefällen[8] zulässig, z.B. wenn der Börsenpreis manipuliert wurde. Starke Kursschwankungen zum Stichtag sind hinzunehmen[9], auch im „neuen Markt“[10] oder bei „engem Markt“[11]. Nach einer **Mindermeinung** ist grundsätzlich ein Sachver-

1 A.A. für erlesenen Schmuck: Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 117.
2 *Klingelhöffer*, Rz. 254; *Staudinger/Haas*, § 2311 BGB Rz. 116.
3 *Klingelhöffer*, Rz. 254, *Kasper* in Scherer, MAH Erbrecht, § 46 Rz. 58.
4 *Klingelhöffer*, ZEV 1999, 421 ff.; Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 118, s. auch Rz. 105.
5 *Crezelius*, § 10 Rz. 389.
6 Palandt/*Edenhofer*, § 2311 BGB Rz. 8; Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 112; MüKo/*Lange*, § 2311 BGB Rz. 23; *Klingelhöffer*, Rz. 236, enger *Veith*, NJW 1963, 1521 (grds. Börsenpreis zum Erbfall).
7 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 114; *Klingelhöffer*, Rz. 236; *Kasper* in Scherer, MAH Erbrecht, § 46 Rz. 47.
8 Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 111; Soergel/*Dieckmann*, § 2311 BGB Rz. 18; MüKo/*Lange*, § 2311 BGB Rz. 23; *Veit*, NJW 1963, 1521 ff.; *Kerscher/Riedel/Lenz*, § 7 Rz. 93; *Schlichting*, ZEV 2006, 197 ff.; *Riedel*, Die Bewertung von Gesellschaftsanteilen im Pflichtteilsrecht, 2006, § 5 Rz. 415.
9 Palandt/*Edenhofer*, § 2311 BGB Rz. 8; Soergel/*Dieckmann*, § 2311 BGB, Rz. 18; Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 111; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 114; *Schlichting*, ZEV 2006, 197 (198).
10 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 114.
11 *Schlichting*, ZEV 2006, 197 (198); Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 111.

ständigengutachten einzuholen[1]. Hierfür könnte sprechen, dass der wahre Wert des Unternehmens bei den stark spekulativen Börsenwerten nicht zum Ausdruck[2] kommt. Indes hat das BVerfG[3] zu §§ 304 ff. AktG festgehalten, dass der Wert der Aktie i.d.R. mit dem Börsenwert identisch ist. Das gilt auch für das Pflichtteilsrecht, worauf das BVerfG hingewiesen hat[4]. Daher ist der h.M. zuzustimmen.

III. Ansprüche auf Auskunft, Wertermittlung und Abgabe der eidesstattlichen Versicherung

1. Auskunftsansprüche

a) Anspruch des pflichtteilsberechtigten Nichterben, § 2314 BGB

Dem **pflichtteilsberechtigten Nichterben** werden in „verschiedenen Stärkegraden“[5] drei unabhängige Hilfsansprüche zur Klärung des Nachlassbestands und -wertes gewährt: 115

- Der Auskunftsanspruch auf Vorlage eines privaten Bestandsverzeichnisses, § 2314 Abs. 1 Satz 1 BGB (mit Anwesenheitsrecht).
- Der Auskunftsanspruch auf Vorlage eines amtlich aufgenommenen Verzeichnisses, § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB (mit Anwesenheitsrecht).
- Der Anspruch auf Wertermittlung des Nachlasses, § 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB.

aa) Auskunftsgläubiger und Auskunftsschuldner

Der Auskunftsanspruch aus § 2314 BGB setzt das Bestehen des Pflichtteilsrechts[6], nicht das Bestehen eines Pflichtteilsanspruchs voraus[7]. 116

1 Die **Auskunftsgläubiger** sind in **C VII Rz. 91** genannt. Hierauf wird verwiesen. Ansprüche aus § 2314 BGB haben ergänzend: der wirksam nach § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB ausschlagende Pflichtteilsberechtigte[8], der mit einem Vermächt- 117

1 *Nirk*, NJW 1962, 2185 ff.; *Klingelhöffer*, Rz. 236.
2 BGH v. 30.3.1967 – II ZR 141/64, NJW 1967, 1464; *Piltz*, Die Unternehmensbewertung in der Rechtsprechung, 1994, S. 41; *Großfeld*, Unternehmens- und Anteilsbewertung im Gesellschaftsrecht, 2002, S. 180, 190.
3 BVerfG v. 27.4.1999 – 1 BvR 1613/94, NJW 1999, 3769; vgl. auch BVerfG v. 29.11.2006 – 1 BvR 704/03, NJW 2007, 828; BVerfG v. 30.5.2007 – 1 BvR 390/04, NZG 2007, 587.
4 BVerfG v. 27.4.1999 – 1 BvR 1613/94, NJW 1999, 3769 (3772); übernommen vom BGH v. 12.3.2001 – II ZB 15/00, NJW 2001, 2080 (AktG); zum Pflichtteil *Schlichting*, ZEV 2006, 197 (198).
5 BGH v. 2.11.1960 – V ZR 124/59, NJW 1961, 602.
6 OLG Hamm v. 11.1.1983 – 10 U 158/82, NJW 1983, 1067.
7 BGH v. 1.10.1958 – V ZR 53/58, NJW 1958, 1964.
8 H.M., Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 20; a.A. zu Unrecht OLG Celle v. 6.7.2006 – 6 U 53/06, ZEV 2006, 557 mit ablehnender Anm. *Damrau*.

nis nach § 2307 BGB Bedachte[1] sowie der Träger der Sozialhilfe nach Überleitung des Pflichtteils.[2].

118 Die **Auskunftsschuldner** sind in **C VII Rz. 94** genannt. Hierauf wird mit folgenden Ergänzungen verwiesen:

Die Auskunftspflicht aus § 2314 BGB ist keine Nachlassverbindlichkeit[3]. Sie ist höchstpersönlicher Natur[4] und richtet sich auch dann gegen den Erben, wenn eine Nachlassinsolvenz oder Nachlassverwaltung eröffnet wurde[5].

Bis zum Eintritt des Nacherbfalls ist nur der Vorerbe, anschließend auch der Nacherbe zur Auskunft verpflichtet[6].

Der vom Erblasser zu Lebzeiten Beschenkte hat Auskunft über sein Geschenk zu erteilen, § 2314 Abs. 1 Satz 1 BGB analog[7]. Dies ist unabhängig davon, ob er nach § 2329 BGB haftet[8]. Der Pflichtteilsberechtigte hat die Wahl, ob er den Beschenkten neben dem Erben in Anspruch nimmt[9]. Die Ansprüche stehen selbstständig nebeneinander. Hat der Erbe aber vollständig über die Schenkung Auskunft erteilt, entfällt das Informationsbedürfnis gegen den Beschenkten[10]. Der Anspruch gegen den Beschenkten ist dann nicht (mehr) gegeben. Ebenso entfällt der Anspruch gegen den Erben auf Auskunft über diese Schenkung, wenn der Beschenkte verlässliche Auskunft erteilt hat[11].

Der **Testamentsvollstrecker** ist nach h.M. nicht Auskunftsschuldner[12]. § 2213 Abs. 1 Satz 3 BGB umfasst erst recht die mit dem Pflichtteil verbundenen Nebenansprüche. § 2213 Abs. 1 Satz 3 BGB ist auf einen Nachlasspfleger nach § 1960 BGB aber nicht übertragbar[13].

➲ **Beratungshinweis:** Neben dem Erben sollte der Testamentsvollstrecker aufgefordert werden, im Einverständnis mit dem Erben Auskunft zu erteilen. Dem Erben steht gegenüber dem Testamentsvollstrecker nach

1 BGH v. 1.10.1958 – V ZR 53/58, NJW 1958, 1964. Anders liegt es mangels Informationsbedürfnisses bei einem anstelle des Pflichtteils zugewandten und angenommenen Vermächtnis, LG Bonn v. 24.9.2004 – 1 O 299/04, NJOZ 2005, 1085.
2 BGH v. 8.12.2004 – IV ZR 223/03, ZEV 2005, 117.
3 MüKo/*Lange*, § 2314 BGB Rz. 19.
4 BGH v.28.11.2007 – XII ZB 225/05, NJW 2008, 917.
5 *Sarres*, ZEV 1998, 4.
6 Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 31.
7 BGH v. 1.3.1971 – ZR 37/68, NJW 1971, 842; BGH v. 9.11.1983 – IVa ZR 151/82, NJW 1984, 487; *Cornelius*, ZEV 2005, 286 (287).
8 *Dieckmann*, NJW 1988, 1809 (1813).
9 *Dieckmann*, NJW 1988, 1809 (1813); Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 34.
10 Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 34; vgl. BGH v. 3.10.1984 – IVa ZR 56/83, NJW 85, 384.
11 *Dieckmann*, NJW 1988, 1809 (1813).
12 Palandt/*Edenhofer*, § 2213 BGB Rz. 6; vgl. BGH v. 11.5.2006 – IX ZR 42/05, ZErb 2006, 272; a.A. *Klingelhöffer*, ZEV 2000, 261 (262); *Tanck* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 14 Rz. 77.
13 *Haas*, ZEV 2009, 270 ff.

§ 2215 BGB ein Auskunftsanspruch zu[1]. Der Erbe kann sich das Verzeichnis des Testamentsvollstreckers zueigen machen, muss es aber auf Vollständigkeit und Richtigkeit überprüfen[2]. Überdies hat der Erbe trotz angeordneter Testamentsvollstreckung einen Auskunftsanspruch gegenüber Kreditinstituten, da § 2211 BGB nicht einschlägig ist[3].

bb) Zweck und Inhalt der Auskunft

Die **Auskunft dient** als „Wissenserklärung"[4] der „Aufklärung"[5]. Der zur Auskunft verpflichtete Erbe muss über sein eigenes Wissen hinaus sämtliche ihm zugänglichen Quellen nutzen, um sich die zur Auskunftserteilung notwendigen Kenntnisse zu verschaffen[6]. Er hat sämtliche Nachlassunterlagen zu sichten, und sich ggfls. an Dritte – bspw. Banken, Lebensversicherungsgesellschaften, Grundbuchämter – zu wenden[7]. Dies folgt aus dem Schutzzweck von § 2314 BGB. Der Pflichtteilsberechtigte soll ein „umfassendes Bild über den Nachlass" erhalten, damit er seine Ansprüche bewerten und beziffern kann[8]. Dadurch soll seiner Beweisnot im Zahlungsprozess vorgebeugt werden[9]. Überdies will sie dem Pflichtteilsberechtigten ermöglichen, die Angaben des Erben zu überprüfen[10], was aber i.d.R. keine Belegvorlagepflicht begründet, s. Rz. 123. 119

Der Auskunftsinhalt ist in **C VII Rz. 96** genannt. Hierauf wird mit folgenden Ergänzungen verwiesen: 120

Jeder reale Nachlassgegenstand ist nach **Art, Anzahl und wertbildenden Faktoren** genau zu beschreiben[11], auch wenn er wertlos[12] ist. Die Zusammenfassung von Gegenständen unter Sammelbegriffen ist nach richtiger Ansicht unzulässig[13] (z.B. die pauschale Angabe von Hausrat, persönlicher Habe,

1 Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 31; *Müko/Lange*, § 2314 BGB Rz. 19; *Roth/Maulbetsch*, NJW-Spezial 2008, 711.
2 OLG Frankfurt v. 16.9.1992 – 17 U 152/91, NJW-RR 1993, 1483; Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 49.
3 *Bonefeld*, ZErb 2007, 142 ff.
4 BGH v. 28.11.2007 – XII ZB 225/05, NJW 2008, 917.
5 BGH v. 24.3.1959 – VII 19/58, LM §§ 259/260 BGB Nr. 7.
6 BGH v. 28.2.1989 – XI ZR 91/88, NJW 1989, 1601; *Müller-Mann-Hehlgans*, EE 2006, 4 (5).
7 *Müller-Mann-Hehlgans*, EE 2006, 4 (5).
8 OLG Düsseldorf v. 9.10.1995 – 7 W 71/95, OLGReport 1995, 299.
9 BGH v. 18.10.1961 – V ZR 192/60, NJW 1962, 245; BGH v. 19.4.1989 – IVa ZR 85/88, MDR 1989, 800.
10 BGH v. 22.11.1957 – I ZR 144/56, BGH LM § 260 BGB Nr. 6; LG Oldenburg v. 21.5.2008 – 1 O 1477/05, ZErb 2009, 1; OLG Karlsruhe v. 20.1.2000 – 4 W 53/99, ZEV 2000, 280.
11 BGH v. 6.5.1982 – IX ZR 36/81, NJW 1982, 1643 (§ 1379 BGB).
12 Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 8.
13 BGH v. 21.2.1996 – IV ZB 27/95; OLG Düsseldorf v. 2.7.1993 – 7 W 36/93, OLGReport 1993, 277; a.A. bei weniger wertvollen Gegenständen *Nieder*, ZErb 2004, 60 (61), Gutachten DNotI-Report 2003, 137 (139); *Braun*, MittBayNot 2008, 351 (352).

Schmuckstücke, Möbel). **Wertangaben** muss das Verzeichnis nicht enthalten[1].

Bei **Forderungen** sind der Grund, die Höhe und der Schuldner zu bezeichnen.

Der Rechtsgrund der **Verbindlichkeiten** ist genau zu bezeichnen[2]. Der Pflichtteilsberechtigte muss in der Lage sein, jede Position einer Nachlassverbindlichkeit überprüfen zu können[3].

121 Auskunft über den **fiktiven Nachlass** kann nach ü.M.[4] nur verlangt werden, wenn der Pflichtteilsberechtigte gewisse Anhaltspunkte für Schenkungen, Zuwendungen nach §§ 2050, 2316 BGB, oder ehebedingte Zuwendungen vorträgt. Hier sind keine strengen Anforderungen zu stellen[5]. Unzulässig ist nur die „reine Ausforschung"[6]. Ausreichend ist bereits, dass Vermögen früher vorhanden gewesen ist[7]. Eine verbreitete Ansicht[8] verneint diese Voraussetzung für den Auskunftsanspruch. In keinem Falle ist aber erforderlich, dass eine Schenkung feststeht[9]. Auf Verlangen sind auch Pflicht- und Anstandsschenkungen anzugeben und solche ungeklärten oder streitigen Veräußerungen, deren Umstände die Annahme nahe legen, es handle sich (zumindest zum Teil) um eine Schenkung[10]. Die Auskunft hat sich auf alle Vertragsbedingungen zu erstrecken, deren Kenntnis für die Prüfung von § 2325 BGB wesentlich ist[11] nebst Vorlage der **Vertragsurkunden**[12]. Der Erbe darf aber das schlichte Verlangen, über den Bestand des Nachlasses Auskunft zu erteilen, so verstehen, dass

1 Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 38, 58; *Braun*, MittBayNot 2008, 351 (352).
2 OLG Brandenburg v. 13.6.1997 – 10 W 37/96, FamRZ 1998, 180; Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 38.
3 OLG Düsseldorf v. 2.7.1993 – 7 W 36/93, OLGReport 1993, 277.
4 BGH v. 18.10.1961 – V ZR 192/60, NJW 1962, 245; BGH v. 15.3.1972 – IV ZR 131/70, NJW 1973, 907; BGH v. 2.6.1993 – IV ZR 259/92, NJW 1993, 2737 (Auskunft gegen Beschenkten); OLG Düsseldorf v. 18.12.1998 – 7 U 78/98, FamRZ 1999, 1546 (Auskunft gegen Erben); MüKo/*Lange*, § 2314 BGB Rz. 3; zu ehebedingten Zuwendungen: *Klingelhöffer*, Rz. 156 und NJW 1993, 1097 (1102); *Kerscher/Riedel/Lenz*, § 11 Rz. 28; Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 14.
5 Vgl. BGH v. 27.6.1973 – IV ZR 50/72, NJW 1973, 1876; BGH v. 21.12.1964 – III ZR 226/62, FamRZ 1965, 135; BGH v. 15.3.1972 – IV ZR 131/70, NJW 1972, 907; BGH v. 2.6.1993 – IV ZR 259/92, NJW 1993, 2737; OLG Frankfurt v. 16.9.1992 – 17 U 152/91, NJW-RR 1993, 1483.
6 BGH v. 2.6.1993 – IV ZR 259/92, NJW 1993, 2737; Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 13.
7 *Bittler* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 9 Rz. 18; Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 13 ff.
8 *Dieckmann*, NJW 1988, 1809 (1812); Palandt/*Edenhofer*, § 2314 BGB Rz. 9; *Schindler*, ZEV 2007, 279.
9 BGH v. 18.10.1961 – V ZR 192/60, NJW 1962, 245; OLG Düsseldorf v. 23.9.1994 – 7 U 198/93, FamRZ 1995, 1236; *Cornelius*, ZEV 2005, 286 (287).
10 BGH v. 18.10.1961 – V ZR 192/60, NJW 1962, 245; BGH v. 9.11.1983 – IVa ZR 151/82, NJW 1984, 487; Palandt/*Edenhofer*, § 2314 BGB Rz. 9.
11 BGH v. 18.10.1961 – V ZR 192/60, NJW 1962, 245; Palandt/*Edenhofer*, § 2314 BGB Rz. 9.
12 Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 10; *Klinger*, NJW-Spezial 2008, 71; *Klingelhöffer*, Rz. 155.

damit nur Auskunft über den realen Nachlassbestand verlangt wird[1]. Die Zwangsvollstreckung eines entsprechenden Auskunftsurteils nach § 888 ZPO kann nicht bewirken, dass der verurteilte Erbe Auskunft über Schenkungen zu erteilen hat[2]. Die Auskunft über mögliche **ehebedingte Zuwendungen**[3] erstreckt sich auf alle Transaktionen, die eine ehebedingte Zuwendung darstellen können nebst Vorlage entsprechender Unterlagen[4].

Beispiele:

Die erbende Witwe eines solventen Erblassers hat zu dessen Lebzeiten erhebliches Immobilienvermögen zu Alleineigentum erworben. Dann hat sie auch Auskunft zu erteilen, wie sie den Immobilienerwerb bezahlt oder finanziert hat. Das gilt jedenfalls dann, wenn im Einzelfall verdeckte oder verschleierte ehebedingte Zuwendungen nahe liegen[5]. Eine Auskunftspflicht der erbenden Witwe des Erblassers kann dann auch über deren angebliches Vorbehaltsgut bestehen[6]. Entsprechendes gilt, wenn die erbende Witwe des Erblassers erhebliches Bankvermögen hat, obwohl sie Hausfrau war. Klargestellt sei, dass der BGH über diese weitgehenden Auskunftsansprüche noch nicht entschieden hat. **Rechtsunsicherheit** besteht. Aufgrund des Schutzzwecks von § 2314 BGB und des Verfassungsrangs des Pflichtteilsrechts spricht viel dafür, dass der BGH diese Erweiterung der Auskunftsansprüche billigen wird[7]. Diese Grundsätze gelten analog für Zuwendungen zwischen **Lebenspartnern** i.S.d. LPartG[8].

Stiftungen, Stiftungsausstattungen, Zustiftungen und Spenden des Erblassers[9] sind anzugeben.

➲ **Beratungshinweis:** Der Pflichtteilsberechtigte sollte auch Auskunft über mögliche ehebedingte Zuwendungen während der Ehezeit und über Schenkungen unter Nutzungsvorbehalten wie Nießbrauch oder Wohn-

1 OLG München v. 8.9.2003 – 24 W 206/03, OLGReport 2004, 9; OLG Celle v. 21.7.2005 – 4 W 151/05, OLGReport 2005, 542; OLG Köln v. 25.2.2008 – 2 W 80/07, OLGReport 2008, 446 (fiktiver Nachlass auf Verlangen).

2 OLG München v. 8.9.2003 – 24 W 206/03, OLGReport 2004, 9; OLG Celle v. 21.7.2005 – 4 W 15105, OLGReport 2005, 542; Palandt/*Edenhofer*, § 2314 BGB Rz. 20.

3 OLG Düsseldorf v. 31.5.1996 – 7 U 120/95, NJW 1996, 3156; *Klingelhöffer*, Rz. 156; Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 11; Soergel/*Dieckmann*, § 2314 BGB Rz. 12 (Fn. 42).

4 BGH v. 27.6.1973 – IV ZR 50/72, NJW 1973, 1876 (§ 242 BGB); Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 14; *Klingelhöffer*, Rz. 137, 156 und NJW 1993, 1097 (1103).

5 Teilurteil LG Baden-Baden v. 21.12.2007 – 2 O 400/06 (nicht veröffentlicht); Hinweisbeschluss LG Schweinfurt v. 29.11.2006 – 42 O 1112/05 (nicht veröffentlicht), zuvor ähnlich OLG Bremen v. 17.2.2000 – 2 O 101/99, OLGReport 2000, 162; Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 13 ff.

6 Teilurteil LG Baden-Baden v. 21.12.2007 – 2 0 400/06 (nicht veröffentlicht).

7 BGH v. 26.3.1997 – XII ZR 250/95, NJW 1997, 2239 (§§ 1379, 242 BGB).

8 *Bonefeld*, ZErb 2001, 1 (3).

9 LG Baden-Baden v. 31.7.1998 – 2 O 70/98, ZEV 1999, 152; OLG Karlsruhe v. 9.12.2003 – 1 U 88/03, ZEV 2004, 470.

recht verlangen, die früher als 10 Jahre vor dem Erbfall erfolgt sind, § 2325 Abs. 3 BGB.

122 Bei **Lebensversicherungen** und **Verträgen zugunsten Dritter auf den Todesfall**, § 331 BGB sind anzuführen: die Vertragsparteien, das Jahr des Vertragsschlusses, der Bezugsberechtigte bzw. Begünstigte, die Fälligkeit, die Prämienhöhe, die ausgezahlte (Versicherungs)summe[1] und das Rechtsverhältnis zwischen Erblasser und Zuwendungsempfänger, um eine Schenkung prüfen zu können[2].

123 Nach einer Ansicht hat der Erbe die Pflicht zur **Beleg**- und **Urkundenvorlage**, § 242 BGB[3]. Insbesondere wird zum Schutz des Pflichtteilsberechtigten die Vorlage von Konto- und Depotauszügen zum Todestag des Erblassers bzw. die Finanzamtsanzeige nach § 33 ErbStG gefordert[4]. Dies ist abzulehnen[5]. Es besteht keine Pflicht des Auskunftspflichtigen, seine Angaben anhand von Belegen „zu beglaubigen"[6]. Der Anspruch auf Belegvorlage ist nur gegeben, wenn der Pflichtteilsberechtigte die Urkunden zur Beurteilung des Werts eines Nachlassgegenstands[7] bzw. zur Prüfung von Ansprüchen aus § 2325 BGB oder § 2316 BGB benötigt[8].

Beispiele:

Bei einem Nachlassunternehmen oder einer Beteiligung daran sind Geschäftsunterlagen der letzten drei bis fünf Jahre vorzulegen. Bei Immobilien sind insbes. Pläne und Mietaufstellungen relevant. Die Vorlagepflicht ist nach neuer Ansicht zu erweitern für bewertungsproblematische Vermögenswerte wie

1 S. Rz. 217.

2 OLG Karlsruhe v. 20.1.2000 – 4 W 53/99, ZEV 2000, 280; *Cornelius*, ZEV 2005, 286 (287); OLG Brandenburg v. 24.1.2007 – 9 WF 397/06, FamRZ 2007, 1814 (§ 1379 BGB).

3 *Klingelhöffer*, Pflichtteilsrecht, Rz. 152 (Depotauszüge, Saldenbestätigungen, Vertragswerke u.a.); *Sarres*, ZEV 1998, 4 (5); *Bittler* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 9 Rz. 24; *Schlitt*, ZEV 2007, 515; *Van der Auwera*, ZEV 2008, 359 (362 ff.); AG Tempelhof-Kreuzberg v. 29.5.2001 – 125 F 41400, NJW-RR 2002, 794 (§ 1379 BGB).

4 *Van der Auwera*, ZEV 2008, 359 (364); weitergehend *Schlitt*, ZEV 2007, 515 ff. (Vorlage der Zins- und Saldenbescheinigungen der letzten 10 Jahre vor dem Erbfall, bei Anhaltspunkten für schenkweise Verfügungen sogar Kontoauszüge aus den letzten 10 Jahren, § 242 BGB); *Bartsch*, ZEV 2004, 176 (180); *Dieckmann*, NJW 1988, 1809 (1819).

5 E contrario §§ 259 Abs. 1, 260 Abs. 2 BGB; OLG Brandenburg v. 5.11.2008 – 13 U 111/07, ZEV 2009, 36; Palandt/*Edenhofer*, § 2314 BGB Rz. 910; OLG Düsseldorf v. 17.5.1996 – 7 U 126/95, ZEV 1996, 431; OLG Bremen v. 29.6.2000 – 4 WF 59/00, MDR 2000, 1324 (§ 1379 BGB); Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 15, 18a; OLG Karlsruhe v. 4.11.1997 – 18 UF 81/97, FamRZ 1998, 761 (§ 1379 BGB).

6 *Bartsch*, ZEV 2004, 176 (179); Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 18a.

7 BGH v. 2.11.1960 – V ZR 124/59, NJW 1961, 602; BGH v. 8.7.1985 – II ZR 150/84, NJW 1986, 127 (Unternehmen); *Nieder*, ZErb 2004, 60 (61). *Bartsch*, ZEV 2004, 176 (179) will die Vorlagepflicht erweitern, insbes. für Patente, Urheberrechte, Kunstgegenstände oder Schmuck, zustimmend); Palandt/*Edenhofer*, § 2314 BGB Rz. 10; *Rißmann*, FS Damrau, 2007, 235 (238).

8 Staudinger/*Haas*, § 2314 BGBS. Rz. 10; Palandt/*Edenhofer*, § 2314 BGB Rz. 10. 121.

Kunstgegenstände, Schmuck, Urheberrechte, Patente[1]. Wurde ein Nachlassgegenstand zeitnah vor oder nach dem Erbfall verkauft, sind Unterlagen vorzulegen, aus denen der Veräusserungserlös folgt, s. Rz. 80[2]. Die Pflicht zur Belegvorlage entfällt nicht durch Vorlage eines Wertgutachtens[3].

➲ **Beratungshinweis:** Die Vorlage von Belegen schafft Vertrauen und vereinfacht die Auskunftserteilung. Es ist daher empfehlenswert, alle Angaben zu belegen. Falls der Erbe mauert, kann eine Grundbuch- bzw. Handelsregistereinsicht weiterhelfen, s. Rz. 158. Ein Einsichtsrecht des Pflichtteilsberechtigten in Urkunden kann sich auch aus **§ 810 BGB** ergeben, der neben § 2314 BGB anwendbar ist[4].

Kein Auskunftsanspruch besteht über die **Kontobewegungen** des Erblassers[5]. Jedoch kann die Auskunft über Schenkungen und ehebezogene Zuwendungen dazu führen, dass Kontovorgänge zu offenbaren sind[6]. Die Vorlage eines Erbschaftsteuerbescheids kann nicht beansprucht werden. Ebenso besteht kein Auskunftsanspruch, wer den Erblasser gepflegt oder wer mit ihm vor seinem Tode geschäftlich verkehrt hat[7]. 124

➲ **Beratungshinweis:** Der Erbe sollte aus atmosphärischen Gründen Werte angeben und belegen. Viele Prozesse beruhen auf nachlässiger und unübersichtlicher Auskunftserteilung.

cc) Zeitpunkt und Form der Auskunft

Der Erbe hat **sofort** Auskunft zu erteilen, § 271 Abs. 1 BGB[8]. Der Auskunftsanspruch wird durch Vorlage eines schriftlichen und übersichtlichen Bestandsverzeichnisses nach § 260 Abs. 1 BGB erfüllt[9]. Aktiva und Passiva sind systematisch zu trennen. Ein **Muster** eines Nachlassverzeichnisses befindet sich im Anhang Rz. 371. 125

➲ **Beratungshinweis:** Es kann eine effektive Geste sein, vom Erben Auskunft zu fordern unter Vorlage eines vorformulierten Verzeichnisses, das der Erbe nur noch ausfüllen, unterschreiben und zurückzusenden hat.

---

1 *Bartsch*, ZEV 2004, 176 (179); Palandt/*Edenhofer*, § 2314 BGB Rz. 10.
2 Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 60; *Klingelhöffer*, Rz. 164; *Coing*, NJW 1983, 1298 (1299).
3 OLG Köln v. 4.3.1998 – 13 U 152/97, ZEV 1999, 110.
4 AG Rotenburg a.d.F. v. 7.4.2009 – 2 C 490/08, ZEV 2009, 303 (Einsicht in Immobiliengutachten); *van der Auwera*, ZEV 2008, 359 (361).
5 Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 15.
6 Vgl. OLG Bremen v. 17.2.2000 – 2 U 101/99, OLGReport 2000, 162 (Auskunft über Finanzierung eines Grundstückserwerbs); *Klingelhöffer*, NJW 1993, 1097 (1103); Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 14 f.; großzügig *Nieder*, ZErb 2004, 60 (62); OLG Bremen v. 29.6.2000 – 4 WF 59/00, MDR 2000, 1324 (bereits bei „verdächtigen Kontobewegungen vor dem Erbfall"); weitgehend *Schlitt*, ZEV 2007, 515 ff.
7 Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 15; *Nieder*, ZErb 2004, 60 (62).
8 BayObLG v. 4.7.1952 – BReg. 2 Z 24/52, BayObLGZ 1953, 135; OLG Celle v. 20.2.1997 – 22 U 35/96, OLGReport 1997, 107; Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 35.
9 BGH v. 28.4.2007 – XII ZB 225/05, NJW 2007, 917 (§ 260 BGB).

126 Die Auskunft kann nach h.M. in Teilverzeichnissen erfolgen, solange eine vollständige Auskunft vorliegt und die Übersichtlichkeit gewahrt ist[1]. Bloße Teilauskünfte in Teilverzeichnissen sind unzureichend[2]. Nach abzulehnender Mindermeinung[3] hat die Auskunft in einem Schriftstück zu erfolgen. Unstreitig ist aber die Auskunft in **unübersichtlicher** und **unzusammenhängender** Form[4] keine Erfüllung.

Beispiele:

Rechtliche Erörterungen und Angaben über den Nachlass gehen ohne Trennung ineinander über[5], die Auskunft über Zuwendungen nach §§ 2325, 2330, 2316 BGB erfolgt unter der Rubrik „Nachlasss Aktiva, Grundstücke" ohne klarstellende Negativerklärung[6], bzw. die Auskünfte sind unübersichtlich auf mehrere Schriftsätze im Prozess verteilt[7]. Die Auskunft in Form eines Anwaltsschriftsatzes ist aber möglich[8].

Der Erbe kann sich ein vorhandenes Verzeichnis zu Eigen machen[9] und ergänzen. Das gilt auch für ein Nachlassverzeichnis des Testamentsvollstreckers, Nachlassverwalters, Nachlasspflegers[10] oder ein bereits erstelltes Nachlassinventar nach § 1993 BGB[11]. Der Verweis auf ein **gerichtliches Nachlassverzeichnis**[12] zur Feststellung der Gerichtskosten reicht ebenso wenig wie ein Vordruck über das Vermögen des Betreuten[13].

127 Das Bestandsverzeichnis erfordert eine eigene Erklärung des Schuldners, die aber nicht die gesetzliche Schriftform i.S.d. § 126 BGB erfüllen muss. Die Unterschrift des Erben ist daher nicht erforderlich[14]. Der Schuldner darf Hilfspersonen bei der Auskunft hinzuziehen. Erforderlich ist aber, dass die Auskunft weiterhin eine Erklärung des Schuldners bleibt und keine der Hilfsperson ist.

1 BGH v. 18.10.1961 – V ZR 192/60, NJW 1962, 245; BGH v. 29.11.1995 – IV ZB 19/95, ZEV 1996, 194; OLG Jena v. 8.3.2006 – 2 U 762/05, NJW-RR 2006, 951.
2 Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 48; OLG Bremen v. 29.1.1997 – 1 U 80/96, FamRZ 1997, 1437.
3 Thüringer OLG v. 15.12.1998 – WF 110/98, OLGReport 1999, 156; OLG Bremen v. 29.1.1997 – 1 U 80/96, OLGReport 1997, 89; OLG Brandenburg, v. 13.6.1997 – 10 W 37/96, FamRZ 1998, 180.
4 Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 42; OLG Brandenburg v. 13.6.1997 – 10 W 37/96, FamRZ 1998, 180; OLG Hamm v. 30.3.1999 – 11 WF 9/99, OLGReport 2000, 380.
5 OLG Brandenburg v. 11.2.1997 – 10 W 5/96, FamRZ 1998, 179.
6 OLG Düsseldorf v. 25.8.2008 – I-7 W 100/07, ZErb 2009, 41 mit Anm. *Riedel*.
7 OLG Brandenburg v. 6.7.2006 – 10 WF 142/06, OLGReport 2007, 54 (§§ 260, 1379 BGB); OLG Hamm v. 28.10.2005 – 11 WF 328/05, NJW 2006, 1372.
8 OLG Nürnberg v. 25.2.2005 – 5 U 3721/04, OLGReport 2005, 276; OLG Naumburg v. 29.12.2006 – 3 WF 206/06, FamRZ 2007, 1814 (§ 1379 BGB).
9 OLG Brandenburg v. 13.6.1997 – 10 W 37/96, FamRZ 1998, 180.
10 Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 31.
11 OLG Frankfurt v. 16.9.1992 – 17 U 152/91, NJW-RR 1993, 1483.
12 *Klingelhöffer*, Rz. 149.
13 OLG Frankfurt v. 8.9.1999 – 23 U 174/98, OLGReport 1999, 299.
14 BGH v. 28.11.2007 – XII ZB 225/05, NJW 2008, 917; OLG Nürnberg v. 25.2.2005 – 5 U 3721/04, OLGReport 2005, 276; Soergel/*Dieckmann*, § 2314 BGB Rz. 20; *Bittler* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 9 Rz. 23; OLG Naumburg v. 29.12.2006 – 3 WF 206/06, FamRZ 2007, 1814.

Damit wird vermieden, dass der Auskunftsverpflichtete sich bei der Abgabe der eidesstattlichen Versicherung auf seine fehlende Urheberschaft berufen kann[1].

➲ **Beratungshinweis:** Ein Anwalt darf die Auskunft nicht als Stellvertreter für den Erben abgeben, sondern nur als Bote. Dies ist in der Auskunftserteilung klarzustellen.

Beispiele: Die Auskunft wird eingeleitet: „Hiermit erteilt mein Mandant Auskunft wie folgt", oder das Verzeichnis wird vom Anwalt unterschrieben mit dem Zusatz „als Bote". Bei Zweifeln an der Urheberschaft des Erben kann es geboten sein, dass er die durch seinen Boten übermittelte Auskunft als eigene „manifestiert"[2].

dd) Ergänzung des Verzeichnisses?

Der Pflichtteilsberechtigte hat keinen Anspruch auf Ergänzung der Auskunft, wenn der Erbe ein Verzeichnis vorlegt, das den formellen und inhaltlichen Anforderungen entspricht[3]. Auf **C VII Rz. 109** wird mit folgendem Hinweis Bezug genommen: Ein Ergänzungsanspruch setzt voraus, dass die eidesstattliche Versicherung nach § 260 Abs. 2 BGB nicht verlangt werden kann[4]. Dies ist der Fall, wenn die Auskunft offensichtlich oder nachweislich **unvollständig**[5] ist, z.B. wegen **Rechtsirrtums**[6] oder **Unkenntnis**[7]. Unerheblich ist, ob der Pflichtteilsberechtigte das Verzeichnis für unvollständig oder unrichtig hält[8]. Im Übrigen sind die Mängel eines Verzeichnisses im Verfahren zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung oder der Streit über den Bestand und Wert von Nachlassgegenständen im anschließenden Zahlungsprozess zu klären[9]. 128

ee) Amts- oder Privatverzeichnis?

Das **Amtsverzeichnis** nach § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB wird von einem Notar oder der nach Landesrecht zuständigen Behörde aufgenommen[10]. Inhaltlich 129

1 BGH v. 28.11.2007 – XII ZB 225/05, NJW 2008, 917.
2 BGH v. 28.11.2007 – XII ZB 225/05, NJW 2008, 917.
3 BGH v. 8.6.1988 – IVa ZR 57/87, NJW 1988, 2729.
4 *Kuchinke*, NJW 1957, 1175 (1176).
5 *Damrau*, ZEV 2009, 274 (275); OLG Hamburg v. 31.1.2002 – 3 U 72/01, OLGReport 2002, 431; OLG Jena v. 8.3.2006 – 2 U 762/05, NJW-RR 2006, 951; OLG Bremen v. 17.2.2000 – 2 U 101/99, OLGReport 2000, 162; OLG Oldenburg v. 18.2.1992 – 5 U 109/91, NJW-RR 1992, 777.
6 BGH v. 6.3.1952 – IV ZR 45/50, LM § 260 BGB Nr. 1; BGH v. 1.12.1983 – IX ZR 41/83, NJW 1984, 484; OLG Bremen v. 17.2.2000 – 2 U 101/99, OLGReport 2000, 162 (§ 1379 BGB).
7 BGH v. 1.12.1983 – IX ZR 41/83, NJW 1984, 484.
8 OLG Jena v. 8.3.2006 – 2 U 762/05, NJW-RR 2006, 951; Soergel/*Dieckmann*, § 2314 BGB Rz. 20.
9 *Nieder*, ZErb 2004, 60 (65); Palandt/*Edenhofer*, § 2314 BGB Rz. 20; OLG Nürnberg v. 25.2.2005 – 5 U 3721/04, OLGReport 2005, 276.
10 Staudinger/*Marotzke*, § 2002 BGB Rz. 3; *Zimmer*, NotBZ 2005, 210.

besteht zum Privatverzeichnis kein Unterschied[1]. Ein Amtsverzeichnis kann auch nach Vorlage eines Privatverzeichnisses verlangt werden[2]. Umgekehrt gilt dies i.d.R. nicht[3]. Auf **C VII Rz. 104** wird Bezug genommen. Die **Anforderungen** an ein erfüllungstaugliches Amtsverzeichnis wurden jüngst erhöht[4]. Der Erbe muss bei der Verzeichnisaufnahme i.d.R. persönlich erscheinen und kann sich nicht durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen[5]. Die Amtsperson (i.d.R. der Notar) hat den Nachlassbestand zu ermitteln[6]. Die Ermittlungstätigkeit liegt in seinem Ermessen[7]. Es ist aber unzureichend, wenn der Notar nur die Erklärungen des Erben protokolliert und nicht zum Ausdruck bringt, dass er für den Verzeichnisinhalt verantwortlich ist[8]. Die Ermittlungspflicht fordert nach richtiger und lebensnaher Ansicht indes nicht, dass der Notar die Wohnung des Erblassers aufsuchen, die Nachlassgegenstände verzeichnen und die Unterlagen auf das Vorhandensein von Guthaben und Verbindlichkeiten durchsehen, notfalls Bank- und Grundbuchauskunft einholen muss[9]. Die erforderlichen Angaben nebst Belege hat stets der zur Auskunft Verpflichtete zusammenzutragen, die der Notar zu ordnen, anhand der Belege zu überprüfen und in einem Verzeichnis zusammenzustellen hat. Der Notar belehrt ggf. nachhaltig über die Pflicht zu vollständigen und wahrheitsgemäßen Angaben. Dies führt zur viel zitierten höheren „Richtigkeitsgewähr" ge-

1 BGH v. 2.11.1960 – V ZR 124/59, NJW 1961, 602; OLG Düsseldorf v. 25.8.2008 – I-7 W 100/07, ZErb 2009, 41 mit Anm. *Riedel; Zimmer*, ZEV 2008, 365; OLG Karlsruhe v. 21.8.2006 – 15 W 23/06, ZEV 2007, 329; *Braun*, MittBayNot 2008, 351 (352).

2 BGH v. 2.11.1960 – V ZR 124/59, NJW 1961, 602; OLG Köln v. 25.2.2008 – 2 W 80/07, OLGReport 2008, 446; OLG Karlsruhe v. 21.8.2006 – 15 W 23/06, OLGReport 2007, 517; OLG Naumburg v. 23.8.2007 – 1 U 28/07, EE 2007, 209.

3 Zu Ausnahmen *Roth*, ZErb 2007, 402 (403).

4 Muster für Amtsverzeichnis: *Braun*, MittBayNot 2008, 351 (355). Übersicht über alle vom Notar zu erstellende Nachlassverzeichnisse: *Schreinert*, RNotZ 2008, 61 ff.

5 OLG Koblenz v. 29.12.2006 – 1 W 662/06, ZEV 2007, 493; OLG Düsseldorf v. 31.7.2007 – I-7 W 60/07, RNotZ 2008, 105; LG Marburg v. 9.10.2008 – 1 O 121/08, nicht veröffentlicht; Palandt/*Edenhofer*, § 2314 BGB Rz. 7; a.A. *Roth*, ZErb 2007, 402 (403); skeptisch auch *Zimmer*, ZEV 2008, 365 (366); *Sandkühler*, RNotZ 2008, 33.

6 OLG Celle v. 23.7.2003 – 6 W 59/03, OLGReport 2003, 370; LG Aurich v. 7.7.2004 – 5 O 367/04, ZErb 2005, 254; OLG Koblenz v. 29.12.2006 – 1 W 662/06, ZErb 2007, 227; *Roth*, ZErb 2007, 402 (405).

7 OLG Celle v. 23.7.2003 – 6 W 59/03, OLGReport 2003, 370; Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 41; *Braun*, MittBayNot 2008, 351 (352 ff.); gegen jede Nachforschungspflicht *Zimmer*, ZEV 2008, 365 (369).

8 OLG Celle v. 23.7.2003 – 6 W 59/03, OLGReport 2003, 370; OLG Koblenz v. 29.12.2006 – 1 W 662/06, ZEV 2007, 493; OLG Düsseldorf v. 31.7.2007 – I-7 W 60/07, RNotZ 2008, 105; *Braun*, MittBayNot 2008, 351; OLG Rostock v. 18.3.2009 – 3 W 15/09, BeckRS 2009, 13517.

9 *Zimmer*, ZEV 2008, 365 ff.; Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 40 (für Inventarstücke, die der Erbe selber auflisten und dem Notar mitteilen könne); OLG Köln v. 2.8.1991 – 19 U 20/89, OLG Report 1991, 65 (für Perlenkette, Wertpapierdepot); a.A. *Nieder*, ZErb 2004, 60 (65); *Klinger*, NJW-Spezial 2004, 61; *Roth*, ZErb 2007, 402 (403, z.B. bei Immobilien); *Braun*, MittBayNot 2008, 351 (353 f.: Ortstermin ist einzelfallabhängig und auch über Mitarbeiter des Notars möglich).

genüber einem Privatverzeichnis[1]. Der Notar ist aber „kein Detektiv“[2]. Ein Amtsverzeichnis beruht im Wesentlichen auf Angaben und Unterlagen des Erben[3]. Bei einem unredlichen Erben kann auch ein Notar kaum weiterhelfen[4]. Hat der Notar Zweifel an den Angaben des Erben oder sind Vermögenspositionen tatsächlich bzw. rechtlich ungeklärt, ist ein entsprechender Vermerk im Verzeichnis aufzunehmen[5]. Der Notar hat z.B. auch diejenigen Nachlassgegenstände aufzunehmen, die der Erbe nicht angeben will[6]. Die eidesstattliche Versicherung des Erben ist aber nicht im Verzeichnis aufzunehmen, s. Rz. 146.

Vor- und Nachteile des Amtsverzeichnisses:

Vorteile	Nachteile
– Größere Vollständigkeits- und Richtigkeitsgewähr, höherer Beweiswert. – Amtsperson ist zu Ermittlungenberechtigt und verpflichtet. § 20 Abs. 1 BNotO geht über bloße Beurkundungstätigkeit hinaus[7]. Der Nachlass ist sorgfältig festzustellen, Erbe auf Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht hinzuweisen[8].	– Verzögerungen, wenn Erbe und Amtsperson keinen zeitnahen Termin finden. – Kosten der Aufnahme reduzieren den Nachlass. – Amtsperson hat kaum Möglichkeiten, den fiktiven Nachlass zu ermitteln, und ist auf Angaben des Erben angewiesen.

➲ **Beratungshinweis:** Zunächst sollte der Pflichtteilsberechtigte ein Privatverzeichnis verlangen. Der Erbe kann die Inventarstücke auflisten und ablichten, um die Verzeichnisaufnahme zu erleichtern.

ff) Anwesenheitsrecht

➲ **Beratungssituation:** Mandantin ist Alleinerbin. Der enterbte Sohn aus erster Ehe des Erblassers verlangt, mit einem Anwalt während der Verzeichnisaufnahme in ihrer Wohnung anwesend zu sein. Zu Recht?

---

1 Gutachten DNotI-Report 2007, 106; Palandt/*Edenhofer*, § 2314 BGB Rz. 7.
2 *Zimmer*, ZEV 2008, 365 (369).
3 Gutachten DNotI-Report 2007, 106; OLG Karlsruhe v. 21.8.2006 – 15 W 23/06, ZEV 2007, 329; Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 41a; *Van der Auwera*, ZEV 2008, 359; Palandt/*Edenhofer*, § 2314 BGB Rz. 7; OLG Köln v. 2.8.1991 – 19 U 20/89, OLG Report 1991, 65.
4 *Braun*, MittBayNot 2008, 351 (355).
5 *Van der Auwera*, ZEV 2008, 359; *Braun*, MittBayNot 2008, 351 (352: nur für Tatsachen, nicht für Rechtsfragen); Gutachten DNotI-Report 2007, 106 (107: Lebensversicherung).
6 *Braun*, MittBayNot 2008, 351.
7 OLG Celle v. 23.7.2003 – 6 W 59/03, OLGReport 2003, 370; *Schreinert*, RNotZ 2008, 61 ff.
8 BGH v. 2.11.1960 – V ZR 124/59, NJW 1961, 602; OLG Celle v. 20.5.1997 – 4 W 102/97; OLGReport 1997, 160; *Roth*, ZErb 2007, 402 (405); LG Aurich v. 7.7.2004 – 5 O 367/04, ZErb 2005, 254; skeptisch *Zimmer*, ZEV 2008, 365.

130 Der Pflichtteilsberechtigte hat ein **Anwesenheitsrecht** bei der Aufnahme des privaten oder amtlichen[1] Verzeichnisses, § 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB. Er darf einen Beistand zuziehen[2]. Er hat aber keine Mitwirkungsrechte oder die Befugnis, die Angaben anzuzweifeln und den Termin zu verzögern[3]. Der Erbe muss dem Pflichtteilsberechtigten mehrere Terminvorschläge unterbreiten[4]. Ist ein Verzeichnis bereits vor dem Anwesenheitsverlangen des Pflichtteilsberechtigten erstellt, kann der Erbe die Neuaufnahme in Beisein des Pflichtteilsberechtigten ablehnen. Etwas anderes gilt, wenn der Pflichtteilsberechtigte die Ergänzung oder Neuaufnahme des Verzeichnisses verlangen kann[5]. Es besteht kein Anspruch auf Verzeichnisaufnahme in der **Wohnung** des Erben oder des Erblassers aus § 809 BGB[6]. Auch wegen Art. 14 GG ist es nicht zulässig, dass das Besichtigungsrecht in „den Kernbereich der Intimssphäre" eingreift[7].

Zur **Beratungssituation:** Der Pflichtteilsberechtigte hat keinen Anspruch, bei der Erstellung des Nachlassverzeichnisses in der Wohnung der Erbin teilzunehmen. Ihm wird vorgeschlagen, das Verzeichnis gemeinsam in den Kanzleiräumen unter Vorlage von Lichtbildern aller Nachlassgegenstände aufzunehmen.

b) Anspruch des pflichtteilsberechtigten Erben aus § 2314 BGB?

131 Der pflichtteilsberechtigte Erbe hat keine Ansprüche aus § 2314 BGB. Auf **C VII Rz. 92** wird verwiesen. Es verbleiben nur Auskunftsansprüche aus § 242 BGB[8]. Dadurch hat er kein Anwesenheitsrecht bei der Verzeichnisaufnahme, keinen Anspruch auf ein Amtsverzeichnis[9] und muss überdies die Kosten der Auskunftserteilung tragen.

c) Auskunftsanspruch aus § 242 BGB

➲ **Beratungssituation:** Mandantin ist Alleinerbin. Der Erblasser hat seinem Sohn aus erster Ehe erhebliche Werte geschenkt. Mandantin vermutet, dass die Zuwendungen nach §§ 2315, 2327 BGB anzurechnen sind. Kann

1 KG v. 18.12.1995 – 12 U 4352/94, FamRZ 1996, 767; Erman/*Schlüter*, § 2314 BGB Rz. 6.
2 *Egner*, Der Auskunftsanspruch des Pflichtteilsberechtigten, 1995, S. 75; Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 43.
3 KG v. 18.12.1995 – 12 U 4352/94, FamRZ 1996, 767; Palandt/*Edenhofer*, § 2314 BGB Rz. 6.
4 Brandenburgisches OLG v. 7.1.2004 – 8 W 207/03, ZErb 2004, 104.
5 Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 43; MüKo/*Lange*, § 2314 BGB Rz. 14.
6 MüKo/*Lange*, § 2314 BGB Rz. 13; Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 45; *Klingelhöffer*, Rz. 160; *Roth*, ZErb 2007, 402 (404); *Van der Auwera*, ZEV 2008, 359 (361); *Braun*, MittBayNot 2008, 351 (353, Fn. 28).
7 MüKo/*Hüffer*, § 809 BGB Rz. 6. Überdies ist eine Ausforschung zu vermeiden, *Bartsch*, ZEV 2004, 177 (180).
8 OLG München v. 28.1.2009 – 20 U 4451/08, FamRZ 2009, 1010.
9 MüKo/*Lange*, § 2314 BGB Rz. 18; *Skibbe*, Anm. ZEV 1997, 24 (25).

sie hierüber Auskunft verlangen, wenn der Pflichtteilsberechtigte Pflichtteils- und Ergänzungsansprüche fordert?

Auskunftsansprüche aus § 242 BGB haben im Pflichtteil praktische Bedeutung: 132

- **§ 242 BGB** begründet Auskunftsansprüche des **Erben** gegen den **Pflichtteilsberechtigten**, soweit er ohne die begehrte Auskunft keine ordnungsgemäße Pflichtteilsregulierung vornehmen kann[1]. Der Pflichtteilsberechtigte hat dem Erben Auskunft über Zuwendungen nach **§§ 2315, 2316, 2050 ff. BGB** zu erteilen, wenn er den Pflichtteil verlangt[2]. Verlangt er Pflichtteilsergänzungsansprüche, muss er auch über Eigengeschenke nach **§ 2327 BGB**[3] Auskunft erteilen. Die a.A.[4] ist abzulehnen. Die Auskunft erstreckt sich auf eine Anrechnungsbestimmung sowie den Zeitpunkt und Wert der Zuwendung.
- Der Erbe kann aus § 242 BGB Auskunft vom **Beschenkten** verlangen, welche Schenkungen er vom Erblasser nach § 2325 BGB erhalten hat[5]. Das gilt auch, wenn der Beschenkte Miterbe ist[6].
- Der **Beschenkte** hat Auskunftsansprüche, wenn er aus § 2329 BGB in Anspruch genommen wird. Der Anspruch umfasst alle Umstände, die zur Überprüfung seiner Haftung aus § 2329 BGB erforderlich sind[7].
- Wegen § 1586b BGB hat der **unterhaltsberechtigte geschiedene Ehegatte** des Erblassers gegen den Erben einen Auskunftsanspruch über den realen und fiktiven Nachlassbestand, § 242 BGB[8]

Zur **Beratungssituation**: Der Pflichtteilsberechtigte muss über Eigengeschenke und Zuwendungen, die er sich auf den Pflichtteil anrechnen lassen muss, Auskunft erteilen.

d) Anspruch unter pflichtteilsberechtigten Abkömmlingen, § 2057 BGB

➲ **Beratungssituation:** Mandant ist nach dem Tod seiner Mutter enterbt. Alleinerbin ist seine Schwester. Seine drei Brüder haben auf den Pflichtteil verzichtet. Sie haben vor 15 Jahren erhebliche Ausstattungen vom Erblasser erhalten. Ein Bruder, der einen Sohn hinterlassen hat, ist vorverstorben. Kann Mandant von seinen Geschwistern über die Ausstattungen

1 Vgl. BGH v. 4.5.1964 – III ZR 159/63, NJW 1964, 1414; s. C VIII Rz. 26 ff.
2 *Bittler* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 9 Rz. 11; Staudinger/*Haas*, § 2315 BGB Rz. 59.
3 Staudinger/*Olshausen*, § 2327 BGB Rz. 15; Soergel/*Dieckmann*, § 2327 BGB Rz. 2; vgl. BGH v. 4.5.1964 – III ZR 159/63, NJW 1964, 1414.
4 OLG Dresden v. 25.3.1999 – 7 U 3689/98, ZEV 1999, 272 (Erklärung im Prozess nach § 138 Abs. 1 ZPO genügt).
5 BGH v. 27.6.1973 – IV ZR 50/72, NJW 1973, 1876.
6 OLG Köln v. 13.10.2004 – 2 U 85/04, OLGReport 2005, 635.
7 BGH v. 4.5.1964 – III ZR 159/63, NJW 1964, 1414.
8 AG Bad Homburg v. 31.5.2007 – 93 F 12/06 UE, FamRZ 2007, 1771.

Auskunft verlangen? Haben seine Geschwister und sein Neffe gegen ihn Auskunftsansprüche?

133 Der Erbe hat dem Pflichtteilsberechtigten nach § 2314 BGB Auskunft über Zuwendungen des Erblassers an seine Abkömmlinge zu erteilen, die über §§ 2316, 2050 ff. BGB möglicherweise ausgleichspflichtig sind. Daneben haben pflichtteilsberechtigte Abkömmlinge hierüber **untereinander** Auskunft zu erteilen, § 2057 BGB analog[1]. Der Anspruch setzt nicht voraus, dass eine Zuwendung des Erblassers feststeht[2] oder konkret behauptet wird[3]. Sie ist unabhängig davon, ob der pflichtteilsberechtigte Abkömmling Erbe oder Nichterbe[4] ist.

134 Zum **Auskunftsinhalt**:

Der Anspruch zielt weder auf das schlechthin vom Erblasser Empfangene noch auf Zuwendungen an andere Abkömmlinge. Es sind aber alle möglicherweise ausgleichspflichtigen Zuwendungen anzugeben, die der Abkömmling selbst oder dessen Vorgänger (§ 2051 BGB) erhalten haben. Der Auskunftsberechtigte soll den Charakter der Zuwendung selbst beurteilen können[5]. Zuwendungen in jüngster Kindheit sind nicht offenbarungspflichtig[6].

Mitzuteilen sind alle für und gegen die Ausgleichung sprechenden Umstände, etwaige Anordnungen des Erblassers[7], der **Zeitpunkt** der Zuwendung und alle Tatsachen, die für die **Bewertung** maßgeblich sind[8].

Der Verpflichtete schuldet eine übersichtliche und klare **schriftliche** Auskunft. Ein Bestandsverzeichnis nach § 260 BGB ist nur vorzulegen, wenn der Vorempfang einen „Inbegriff von Gegenständen" umfasst[9]. Die **Kosten** gehen zulasten des Auskunftsschuldners[10].

Zur **Beratungssituation**: Mandant hat seiner Schwester als Alleinerbin Auskunft über mögliche Vorempfänge zu erteilen. Seine auf den Pflichtteil verzichtenden Brüder haben gegen ihn keinen Auskunftsanspruch. Seine Brüder und der Sohn seines vorverstorbenen Bruders sind ihm neben der Erbin auskunftspflichtig.

---

1 RG v. 23.6.1930 – IV 59/30, RGZ 129, 239; OLG Nürnberg v. 29.4.1957 – 2 U 14/57, NJW 1957, 1483 (LS); Staudinger/*Haas*, § 2316 BGB Rz. 41; *Cornelius*, ZEV 2005, 286 (288).
2 *Sarres*, ZEV 2000, 349 (350).
3 Soergel/*Wolf*, § 2057 BGB Rz. 4; MüKo/*Heldrich*, § 2057 BGB Rz. 8.
4 OLG Zweibrücken v. 17.9.1986 – 2 U 58/81, FamRZ 87, 1197; Staudinger/*Haas*, § 2316 BGB Rz. 41.
5 Soergel/*Wolf*, § 2057 BGB Rz. 5; *Cornelius*, ZEV 2005, 286 (289).
6 *Sarres*, ZEV 2000, 349 (350).
7 Soergel/*Wolf*, § 2057 BGB Rz. 5.
8 Staudinger/*Werner*, § 2057 BGB Rz. 6.; *Cornelius*, ZEV 2005, 286 (289).
9 *Cornelius*, ZEV 2005, 286 (288); Palandt/*Edenhofer*, § 2057 BGB Rz. 2.
10 MüKo/*Heldrich*, § 260 BGB Rz. 43, 46.

2. Wertermittlungsansprüche

a) Anspruch des pflichtteilsberechtigten Nichterben gegen den Erben, § 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB

In **C VII** Rz. 106 ist der Anspruch auf Wertermittlung behandelt. Hierauf wird 135
mit folgenden Ergänzungen Bezug genommen: Die Wertermittlung will dem Berechtigten bei der Berechnung seiner Ansprüche auf Grundlage des feststehenden Nachlasses helfen[1]. Er soll das Prozessrisiko eines Rechtsstreits besser abschätzen können[2]. Die praktische **Bedeutung** von Gutachten darf nicht überschätzt werden[3]. Der Anspruch dient nicht dazu, eine verbindliche Wertfeststellung zu erreichen[4]. Gerichtsgutachten sind unvermeidbar, wenn die Parteien auch nach Vorlage des Privatgutachtens über den Wert streiten, soweit es nicht als verbindlich vereinbart wurde. Ein konkludent vereinbartes Schiedsgutachten wird teilweise großzügig angenommen[5]. Es kommt aber nicht durch Schweigen auf die Frage zustande, ob Einverständnis mit einem Schiedsgutachten besteht[6]. Der Vorbehalt einer „Unverbindlichkeit" beim Wertermittlungsverlangen ist ratsam. Ein Schiedsgutachten ist nicht verbindlich, wenn es offenbar unrichtig ist[7].

Wertermittlung kann für **jeden Nachlassgegenstand** verlangt werden, sofern 136
der Wert nicht evident ist. Der Erbe ist auch verpflichtet, mit „Nullwert" angesetzte Nachlassgegenstände wie Hausrat, Kleidung o.ä. bewerten zu lassen, sofern keine Schikane vorliegt[8]. Es ist denkbar, dass die Gutachterkosten höher sind als der Wert des Bewertungsgegenstandes. Die **Vor- und Nachteile** eines Gutachtens sind abzuwägen. Gutachten sind teuer. Die Vergütung bemisst sich nach dem Wert des Gesamtobjekts, auch wenn der Erblasser daran nur beteiligt war. Die Kosten sind Nachlassverbindlichkeiten und belasten den Pflichtteilsberechtigten nur in Höhe seiner Quote. Bei geringen Pflichtteilsquoten und geringen Wertdiskrepanzen kann der Erbe wirtschaftlich besser fahren, wenn er den vom Pflichtteilsberechtigten behaupteten Wert anerkennt[9]. Der Wertermittlungsanspruch richtet sich auch bei angeordneter **Testamentsvollstreckung** gegen den Erben, selbst wenn dies praktisch schwie-

1 BGH v. 9.11.1983 – IVa ZR 151/82, NJW 1984, 487; OLG Köln v. 2.8.1991 – 19 U 20/89, MDR 1991, 871 (pflichtteilsberechtigter Vermächtnisnehmer); OLG Köln v. 5.10.2005 – 2 U 153/04, ZEV 2006, 77.
2 BGH v. 19.4.1989 – IVa ZR 85/88, NJW 1989, 2887; OLG Düsseldorf v. 17.5.1996 – 7 U 126/95, ZEV 1996, 431; *Rißmann*, FS Damrau, 2007, 235 (236).
3 BGH v. 19.4.1989 – IVa ZR 85/88, NJW 1989, 2887; OLG Düsseldorf v. 17.5.1996 – 7 U 126/95, ZEV 1996, 431; OLG Köln v. 5.10.2005 – 2 U 153/04, ZEV 2006, 77.
4 OLG Köln v. 5.10.2005 – 2 U 153/04, ZEV 2006, 77; OLG Hamm v. 22.2.2005 – 10 U 134/04, BeckRS 2007, 10643.
5 Vgl. BGH v. 9.6.1983 – IX ZR 41/82, FamRZ 1983, 883.
6 OLG Celle v. 9.8.2007 – 5 U 33/05, OLRReport 2008, 679.
7 BGH v. 27.6.2001 – VIII ZR 235/00, MDR 2001, 1281.; OLG Frankfurt v. 26.1.2006 – 26 U 24/05, OLGReport 2006, 708 (zum Vergütungsanspruch).
8 *Rißmann*, FS Damrau, 2007, 235 (239).
9 *Klingelhöffer*, Rz. 167.

rig und eine Klage des Erben erforderlich ist, argumentum § 2213 Abs. 1 Satz 3 BGB[1].

137 **Voraussetzung und Anforderungen an Gutachten und Gutachter:**

Der Anspruch auf Wertermittlung ist nicht im Auskunftsanspruch enthalten und stets **gesondert** geltend zu machen[2]. Eine beantragte „Auskunftserteilung durch Vorlage von Sachverständigengutachten" ist unschlüssig[3].

Der Wertermittlungsanspruch setzt voraus, dass der Pflichtteilsberechtigte noch kein zureichendes Bild vom Wert des Gegenstands hat und dessen **Nachlasszugehörigkeit** feststeht[4]. Greifbare Anhaltspunkte hierfür genügen nach h.M.[5] nicht. Der Anspruch auf Wertermittlung von fiktiven Nachlassgegenständen ist nur gegeben, wenn eine ergänzungspflichtige Schenkung oder ehebedingte Zuwendung nach § 2325 BGB oder ein ausgleichungspflichtiger Vorempfang gemäß §§ 2050, 2316 BGB unstreitig oder bewiesen ist. Umstritten ist, ob dies auch bei einer **gemischten Schenkung** gilt. Der Pflichtteilsberechtigte ist hier in einer schwierigen Lage. Er kann eine gemischte Schenkung nur durch Vergleich der Werte von Leistung und Gegenleistung feststellen, die er nicht kennt. Es werden verschiedene Lösungswege[6] vorgeschlagen. Der BGH verlangt, dass der Pflichtteilsberechtigte den Beweis für eine gemischte Schenkung[7] führt. Nach überwiegender Literatur ist hierfür bereits eine „grobe Überschlagsberechnung"[8] ausreichend. Übernimmt der Pflichtteilsberechtigte jedoch die Kosten eines Gutachtens, genügen „greifbare Anhaltspunkte" für eine unentgeltliche Verfügung[9].

Der **Erbe** hat das Gutachten auf Verlangen **sofort**[10] in eigener Verantwortung in Auftrag zu geben[11]. Zur **Zwangsvollstreckung** nach § 888 ZPO s. Rz. 368 f. Die Kosten der eigenmächtigen Wertermittlung des Pflichtteilsberechtigten

1 *Möller*, EE 2006, 178 (179); a.A. Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 74; s. auch Rz. 118.
2 BGH v. 9.11.1983 – IVa ZR 151/82, NJW 1984, 487; Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 58; OLG Schleswig v. 15.8.2006 – 3 U 63/05, ZEV 2006, 277; *Rißmann*, FS Damrau, 2007, 235 (236).
3 OLG Schleswig v. 15.8.2006 – 3 U 63/05, ZEV 2007, 278; *Rißmann*, FS Damrau, 2007, 235 (236).
4 BGH v. 9.11.1983 – IVa ZR 151/82, NJW 1984, 487; Palandt/*Edenhofer*, § 2314 BGB Rz. 14.13; OLG Schleswig v. 15.8.2006 – 3 U 63/05, ZEV 2006, 277.
5 A.A. OLG Düsseldorf v. 23.9.1994 – 7 U 198/93, FamRZ 1995, 1236 (greifbare Anhaltspunkte genügen).
6 Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 69 bis 71.
7 BGH v. 9.11.1983 – IVa ZR 151/82, NJW 1984, 487; BGH v. 17.4.2002 – IV ZR 259/01, NJW 2002, 2469; OLG Schleswig v. 15.8.2006 – 3 U 63/05, ZEV 2006, 277.
8 *Klingelhöffer*, Rz. 165, *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 9 Rz. 63; *Cornelius*, ZEV 2005, 286 (288).
9 BGH v. 17.4.2002 – IV ZR 259/01, NJW 2002, 2469; OLG Schleswig v. 15.8.2006 – 3 U 63/05; ZEV 2007, 277 mit Anm. *Schindler*, ZEV 2007, 279 (280).
10 § 271 Abs. 1 BGB.
11 BGH v. 30.10.1974 – IV ZR 41/73, NJW 1975, 258; BGH v. 19.4.1989 – IVa ZR 85/88, NJW 1989, 2887.

gehen nie zulasten des Nachlasses[1]. Sie können nach **§ 91 ZPO** erstattungsfähig sein[2].

Der ausgewählte **Sachverständige** muss unabhängig sein[3], § 406 ZPO. Zur Auswahl kann auf hilfreiche Verzeichnisse zurückgegriffen werden[4]. Es besteht kein Anspruch auf ein Gutachten eines öffentlich bestellten und beeidigten Sachverständigen[5].

Ein erfüllungstaugliches Gutachten muss Mindestanforderungen genügen. 138
Formal ist eine gut lesbare, mit Farbfotos versehene Ausfertigung des Gutachtens gefordert (keine schwarz-weiss Kopie)[6]. Inhaltliche Anforderungen:

Der **Wertermittlungsstichtag** ist zu beachten. Der Todestag ist für den realen Nachlass maßgeblich, § 2311 BGB. Für Schenkungen, die nach dem Niederstwertprinzip gemäß § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB bewertet werden, ist auf die Zeitpunkte des Schenkungsvollzugs und des Erbfalls abzustellen[7]. Der Pflichtteilsberechtigte kann sich aber begnügen, die Wertermittlung nur für den Erbfall zu verlangen[8]. Bei **gemischten Schenkungen** ist der Wert von Leistung und Gegenleistung festzustellen[9]. Kommen verschiedene **Bewertungsmethoden**[10] in Betracht, hat der Gutachter alle ernsthaft diskutierten Bewertungsansätze darzustellen, die Konsequenzen der unterschiedlichen Verfahren aufzuzeigen und nach der von ihm bevorzugten Bewertungsmetho-

1 OLG Karlsruhe v. 22.12.1989 – 10 U 103/89, MDR 1990, 341; a.A. bei Verzug *Coing*, NJW 1983, 1298 (1300).

2 OLG Stuttgart v. 11.7.2007 – 8 W 265/07, ZEV 2007, 536 (Privatgutachter für Unternehmen mit erstattungsfähiger Stundenvergütung von 150 Euro; OLG München v. 20.9.1983 – 11 W 2390/83, RPfleger 1983, 486; Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 66; allgemein hierzu BGH v. 4.3.2008 – VI ZB 72/06, NJW 2008, 15 (Ausnahme, § 91 ZPO).

3 BGH v. 8.7.1985 – II ZR 150/84, NJW 1986, 127; BGH v. 19.4.1989 – IVa ZR 85/88; NJW 1989, 2887; ausführlich *Rißmann*, FS Damrau, 2007, 235 (241).

4 Z.B. Industrie und Handelskammer unter www.svv.ihk.de.

5 OLG Düsseldorf v. 17.5.1996 – 7 U 126/95, ZEV 1996, 431 (LS); Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 63; *Bißmeier*, ZEV 1997, 149 ff.; a.A. *Rißmann*, FS Damrau, 2007, 235 (243).

6 KG v. 21.3.2005 – 18 W 8/04 (nicht veröffentlicht); *Rißmann*, FS Damrau, 2007, 235 (241).

7 BGH v. 1.4.1989 – IVa ZR 85/88, NJW 1989, 2887; BGH v. 2.6.1993 – IV ZR 259/92, NJW 1993, 2737.

8 OLG Düsseldorf v. 23.9.1994 – 7 U 198/93, FamRZ 1995, 1236.; Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 65.

9 BGH v. 9.11.1983 – IVa ZR 151/82, NJW 1984, 487.

10 OLG Karlsruhe v. 9.7.2004 – 1 U 206/03, ZEV 2004, 468; OLG München v. 15.1.1988 – 14 U 572/87, MDR 1988, 408 (vorschnelle Festlegung auf Ertragswert bei Gastwirtschaft); OLG Köln v. 4.3.1998 – 13 U 152/97, ZEV 1999, 110 (Unternehmen); KG Berlin v. 5.1.1998 – 4 W 288/98, KGReport 1999, 90 (unzureichende Sachwertermittlung bei Erbbauheimstätte); OLG Köln v. 5.10.2005 – 2 U 153/04, ZEV 2006, 77 (Sachwertermittlung bei eigengenutztem Einfamilienhaus ausreichend); OLG Brandenburg v. 7.1.2004 – 13 U 25/03, ZErb 2004, 132 (Sach- und Ertragswertermittlung bei Zweifamilienhaus, in dem eine Wohnung vermietet ist); unzutreffend OLG Celle v. 21.10.1994 – 7 W 37/94, OLGReport 1995, 103 (Pflichtteilsberechtigte wird bei Landwirtschaft auf eigene Erkundigungen verwiesen).

de einen bestimmten Wert zu ermitteln. Die Ermittlung des Nachlasswerts darf nicht durch vorschnelle Festlegung auf eine Methode und die damit verbundene eingeschränkte Ermittlung des Bewertungsmaterials behindert werden. Der jeweilige Bewertungsgegenstand gibt die erforderliche Wertermittlung vor (s. Rz. 77 ff.). Bei **Kunstgegenständen** ist die Bewertung nach objektiven Kriterien nur begrenzt möglich. Im Einzelfall erfüllen Bewertungen zweier renommierter Auktionshäuser den Wertermittlungsanspruch, auch wenn sie erheblich divergieren[1].

139 Der Erbe hat die für die Wertberechnung des realen oder fiktiven Nachlasses erforderlichen **Unterlagen** vorzulegen[2].

Überdies hat er dem Pflichtteilsberechtigten bzw. seinem Beistand die Bewertung des Nachlassgegenstands durch **Besichtigung** zu ermöglichen, § 809 BGB[3]. Der Besichtigungsanspruch ist durch § 242 BGB begrenzt, um eine Ausforschung zu vermeiden. Es ist eine Abwägung vorzunehmen[4]. Die Besichtigung von persönlichen Aufzeichnungen und persönlicher Habe des Erblassers ist m.E. nicht schutzwürdig. Dasselbe gilt für Nachlassgegenstände, die dem Erblasser und einem Dritten zu Miteigentum gehört haben, z.B. Hausrat oder das Familiengrundstück der Ehegatten. Der Vorschlag, das Besichtigungsrecht zu versagen, soweit der Erbe ein Wertgutachten auf seine Kosten (und nicht auf Nachlasskosten, 2314 Abs. 2 BGB) vorlegt, geht nicht weit genug[5].

b) Wertermittlungsanspruch aus § 242 BGB

➲ **Beratungssituation:** Mandant ist pflichtteilsberechtigt. Alleinerbin des wertlosen Nachlasses ist seine Mutter. Der Erblasser hat drei Jahre vor seinem Tod erhebliches Betriebsvermögen gegen Zahlung einer Rente auf seine Tochter übertragen. Mandant fragt, ob er Wertermittlungsansprüche gegen seine Schwester hat.

140 Der **Beschenkte** ist nicht Schuldner des Wertermittlungsanspruchs aus § 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB[6]. Sowohl der pflichtteilsberechtigte Nichterbe als auch der pflichtteilsberechtigte Erbe haben nur aus **§ 242 BGB**[7] einen Anspruch auf Wertermittlung des Geschenks. Er zielt darauf, dass der Beschenkte das Gut-

1 OLG Köln v. 5.10.2005 – 2 U 153/04, ZEV 2006, 77 mit Anm. *v.* Oertzen (Datenbanken von Sotheby's, Christie's); a.A. *Heuzer*, NJW 2008, 689 ff.; mit kritischer Anm. *Lehmann/Schulz*, ZEV 2009, 31 (32: „keine überspitzten Anforderungen").
2 BGH v. 21.12.1964 – II ZR 226/62, FamRZ 1965, 135; OLG Düsseldorf v. 17.5.1996 – 7 U 126/95, ZEV 1996, 431 (LS); s. Rz. 123.
3 Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 77; ausführlich *Van der Auwera*, ZEV 2008, 359 (360 f.); *Klingelhöffer*, Rz. 160.
4 *Bartsch*, ZEV 2004, 177 (180); zu großzügig *Van der Auwera*, ZEV 2008, 359 (362).
5 A.A. Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 77; *Van der Auwera*, ZEV 2008, 359 (362).
6 BGH v. 19.4.1989 – IVa ZR 85/88, NJW 1989, 2287; Palandt/*Edenhofer*, § 2314 BGB Rz. 17.
7 BGH v. 17.4.2002 – IV ZR 259/01, NJW 2002, 2469; OLG Schleswig v. 15.8.2006 – 3 U 63/05, ZEV 2007, 278, s. C VII Rz. 26 ff.

achten selbst einholt. Eine bloße Duldung der Wertermittlung durch den Beschenkten ist nicht vorgesehen[1].

Voraussetzung: 141

- Der Pflichtteilsberechtigte muss ein schützenswertes Bedürfnis[2] haben. Das ist der Fall, wenn er ohne die begehrte Wertermittlung in unverschuldeter Unkenntnis ist über seinen Pflichtteilsergänzungsanspruch. Kein Bedürfnis besteht, soweit der Erbe das gewünschte Gutachten vorlegt[3].
- Es bestehen greifbare Anhaltspunkte für eine (gemischte) Schenkung, sie muss nicht feststehen[4].
- Der Verpflichtete darf durch die Wertermittlung nicht unbillig und unzumutbar belastet werden[5]. Daher hat der Pflichtteilsberechtigte die **Kosten** der Wertermittlung zu übernehmen[6]. Er hat etwa erforderliche Vorschüsse zu leisten[7] und den Beschenkten zu ermächtigen, Vergütungsansprüche gegen ihn zu begründen.

Zum **Tenor**[8]: Der Beschenkte wird verurteilt, ohne Begründung einer eigenen Vergütungspflicht einen Sachverständigen mit der Wertschätzung … (konkret zu bezeichnender Bewertungsgegenstand) zum Stichtag … zu beauftragen und ihn in den Stand zu setzen, das Gutachten auf Kosten des Pflichtteilsberechtigten zu erstatten.

Zur **Beratungssituation**: Die Alleinerbin darf die Wertermittlung der Schenkung auf Nachlasskosten wegen Dürftigkeit des Nachlasses verweigern, § 1990 Abs. 1 Satz 1 BGB. Mandant kann auf eigene Kosten verlangen, dass seine Schwester ein Gutachten veranlasst.

c) Anspruch unter pflichtteilsberechtigten Abkömmlingen, § 242 BGB

Pflichtteilsberechtigte Abkömmlinge können untereinander aus § 242 BGB einen Anspruch auf Wertermittlung von ausgleichspflichtigen Zuwendungen gemäß §§ 2316, 2050 BGB haben[9]. Praktisch stellt sich die Frage selten, da regelmäßig der Erbe die Werte nach § 2314 BGB zu ermitteln hat. 142

1 BGH v. 30.10.1974 – IV ZR 41/73, NJW 1975, 258; Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 73.
2 BGH v. 4.10.1989 – IVa ZR 198/88, NJW 1990, 180; BGH v. 8.7.1985 – II ZR 150/84, NJW 1986, 127.
3 BGH v. 3.10.1984 – VIa ZR 56/83, NJW 1985, 384.
4 BGH v. 2.6.1993 – IV ZR 259/92, NJW 1993, 2737; BGH v. 8.7.1985 – II ZR 150/84, NJW 1986, 127; OLG Schleswig v. 15.8.2006 – 3 U 63/05, ZEV 2007, 278.
5 BGH v. 8.7.1985 – II ZR 150/84, NJW 1986, 127.
6 BGH v. 4.10.1989 – IVa ZR 198/88, NJW 1990, 180; BGH v. 8.7.1985 – II ZR 150/84, NJW 1986, 127; OLG Schleswig v. 15.8.2006 – 3 U 63/05, ZEV 2007, 278.
7 BGH v. 4.10.1989 – IVa ZR 198/88, NJW 1990, 180.
8 BGH v. 4.10.1989 – IVa ZR 198/88, NJW 1990, 180; Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 73.
9 MüKo/*Heldrich*, § 2057 BGB Rz. 6; Erman/*Schlüter*, § 2057 BGB Rz. 3.

3. Eidesstattliche Versicherung

➲ **Beratungssituation:** Mandant ist pflichtteilsberechtigt. Die inzwischen verstorbene Alleinerbin hat erst nach mehrmaligem Verlangen sukzessiv Auskunft erteilt. Mandant verlangt von der Erbeserbin die eidesstattliche Versicherung. Er will sich nicht mit einer „privatschriftlichen eidesstattlichen Versicherung" zufrieden geben.

143 In **C VII Rz. 109** sind die Grundzüge der eidesstattlichen Versicherung dargestellt. Hierauf wird mit folgenden Ergänzungen verwiesen:

Jeder Auskunftsanspruch ist mit dem Recht auf Verlangen der eidesstattlichen Versicherung ausgestattet[1]. Der Anspruch folgt aus §§ 2314 Abs. 1 Satz 2, 260 Abs. 2 BGB, §§ 2057 Satz 2, 260 Abs. 2 BGB analog oder §§ 242, 260 Abs. 2 BGB analog.

Die eidesstattliche Versicherung will die gehörige Erfüllung der Auskunftspflicht erzwingen[2]. Der Verpflichtete erhält Gelegenheit, etwaige falsche oder unvollständige Angaben vor der Eidesleistung zu berichtigen, was zu einer Änderung der Eidesformel führen kann gem. § 261 Abs. 2 BGB.

Die **Bedeutung** der eidesstattlichen Versicherung wird **überschätzt**. Wesentliche Informationen erhält der Berechtigte auf diesem Weg selten. Die Strafandrohung[3] ist praktisch ein stumpfes Schwert, da viele Verfahren – sofern der Staatsanwalt überhaupt ermittelt – eingestellt werden.

144 Der **Inhalt** der Versicherung erstreckt sich auf die gesamte Auskunft[4] mit Ausnahme der Nachlasswerte[5]. Sie ist persönlich abzugeben. Minderjährige handeln durch ihre gesetzlichen Vertreter[6]. Das Vollstreckungsgericht hat nach pflichtgemäßem Ermessen zu bestimmen, ob der Betreuer mit Aufgabenkreis Vermögenssorge oder der betreute Schuldner die Versicherung abzugeben hat, wenn kein Einwilligungsvorbehalt angeordnet ist[7]. Die Pflicht zur Abgabe der Versicherung ist **vererblich**[8]. Unerheblich ist, ob sich der Verpflichtete durch die Offenbarung einer strafbaren Handlung bezichtigen müsste[9]. Die Ergänzung der Versicherung kann nur verlangt werden, soweit sie sich auf eine ergänzte Auskunft bezieht[10]. Die Versicherung kann in Teilakten über einen jeweils anderen Auskunftsgegenstand erfolgen[11].

---

1 MüKo/*Keller*, § Palandt/*Heinrichs*, §§ 260, 261 BGB Rz. 65. 29.
2 OLG Bamberg v. 23.1.1969 – 1 W 403/69, NJW 1969, 1304; *Kuchinke*, NJW 1957, 1175 (1176); *Van der Auwera*, ZEV 2008, 359.
3 BGH v. 2.11.1960 – V ZR 124/59, NJW 1961, 602.
4 BGH v. 2.11.1960 – V ZR 124/59, NJW 1961, 602.
5 Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 47; *Coing*, NJW 1983, 1298.
6 OLG Zweibrücken v. 12.1.1979 – 1 U 77/78, MDR 1979, 492.
7 BGH v. 14.8.2008 – I ZB 20/08, FamRZ 2008, 2109 (§§ 807 ZPO, 1902 BGB).
8 BGH v. 8.6.1988 – IVa ZR 57/87, NJW 1988, 2729; OLG München v. 31.10.1986 – 25 W 1652/86, MDR 1987, 416 (jeweils mit Hinweis auf die Eidesformel).
9 BGH v. 30.4.1964 – VII ZR 156/62, NJW 1964, 1469.
10 OLG Frankfurt v. 16.9.1992 – 17 U 152/91, NJW-RR 1993, 1483.
11 BGH v. 18.10.1961 – V ZR 192/60, NJW 1962, 245.

Das Verlangen auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung ist begründet, wenn Grund zur Annahme besteht, das Verzeichnis sei nicht mit der erforderlichen Sorgfalt aufgenommen worden[1]. Diese Annahme muss auf Tatsachen beruhen, die unstreitig oder bewiesen sind[2]. Bloße Behauptungen oder Vermutungen des Pflichtteilsberechtigten sind unerheblich[3]. 145

Es ist auf das Gesamtverhalten abzustellen[4].

Beispiele:

Der Anspruch ist **begründet**, wenn der Verpflichtete unvollständige und unrichtige Angaben später berichtigt[5], er eine Verbindlichkeit unter verschiedenen Positionen doppelt berücksichtigt[6], er die Auskunft beharrlich verweigert, verzögert bzw. verschleppt[7] oder die Vorlage von Belegen zu Kontrollzwecken verweigert (streitig)[8].

Kein Anspruch besteht, wenn der Berechtigte die Vollständigkeit oder Richtigkeit ohne Begründung bestreitet, der Erbe die Auskunft vor Klageerhebung ablehnt, er unrichtige Werte angegeben hat[9] bzw. Belege verspätet nachreicht[10], ein Laie zunächst ein unzureichendes Nachlassverzeichnis vorlegt, erst recht wenn er bereits hohe Summen bezahlt hat[11] oder noch kein tauglicher Gegenstand für eine eidesstattliche Versicherung vorliegt, weil die Auskunft erkennbar unvollständig oder widersprüchlich ist[12].

➲ **Beratungshinweis:** Ansprüche auf ergänzende Auskunft sind stets vor Verlangen der Versicherung durchzusetzen.

---

1 Instruktiv BGH v. 1.12.1983 – IX ZR 41/83, NJW 1984, 484; OLG Jena v. 8.3.2006 – 2 U 762/05, NJW-RR 2006, 951; LG Oldenburg v. 21.5.2008 – 1 O 1477/05, ZErb 2009, 1.

2 OLG Frankfurt v. 16.9.1992 – 17 U 152/91, NJW-RR 1993, 1483; *Van der Auwera*, ZEV 2008, 359.

3 *Egner*, Der Auskunftsanspruch des Pflichtteilsberechtigten, 1995, 82.

4 BGH v. 4.2.1959 – I ZR 135/58, LM §§ 259, 260 BGB Nr. 8; LG Oldenburg v. 21.5.2008 – 1 O 1477/05, ZErb 2009, 1.

5 BGH v. 4.2.1959 – I ZR 135/58, LM §§ 259, 260 BGB Nr. 8; OLG Bremen v. 17.2.2000 – 2 U 101/99, OLGReport 2000, 162.

6 *Egner*, Der Auskunftsanspruch des Pflichtteilsberechtigten, 1995, S. 83.

7 OLG Frankfurt v. 16.9.1992 – 17 U 152/91, NJW-RR 1993, 1483.

8 Hans. OLG Bremen v. 29.6.2000 – 4 WF 59/00, MDR 2000, 1324 (§ 1379 BGB); *Bittler* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 9 Rz. 29; a.A. *Bartsch*, ZEV 2004, 176 (178); Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 46; *Van der Auwera*, ZEV 2008, 359 (363); Palandt/*Edenhofer*, § 2314 BGB Rz. 10; OLG Brandenburg v. 5.11.2008 – 13 U 111/07, ZEV 2009, 36.

9 Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 46.

10 Palandt/*Edenhofer*, § 2314 BGB Rz. 11.

11 OLG Jena v. 8.3.2006 – 2 U 762/05, NJW-RR 2006, 951.

12 BGH v. 3.7.1984 – X ZR 34/83, NJW 1984, 2822; OLG Oldenburg v. 18.2.1992 – 5 U 109/91, MDR 1992, 881; OLG Bremen v. 17.2.2000 – 2 U 101/99, OLGReport 2000, 162; OLG Hamm v. 30.3.1999 – 11 WF 9/99, OLGReport 2000, 380 (§§ 260, 1605 BGB); verkannt von LG Oldenburg v. 21.5.2008 – 1 O 1477/05, ZErb 2009, 1.

146 Der Verpflichtete kann die Versicherung **freiwillig** vor dem Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit abgeben. Zuständig ist das Amtsgericht am Wohnort des Verpflichteten über den Rechtspfleger, §§ 163, 79 FGG bzw. ab 1.9.2009 §§ 410 Nr. 1, 411 Abs. 1 FamFG, sowie § 3 Nr. 1b RPflG, 261 Abs. 1 BGB[1]. Der Berechtigte muss mit diesem Verfahren einverstanden sein[2]. Das Einverständnis liegt auch in einer Klage oder einem erwirkten Urteil auf Abgabe der Versicherung[3]. Das Amtsgericht darf nicht prüfen, ob die materiellen Voraussetzungen nach § 260 Abs. 2 BGB vorliegen[4]. Die vorsorgliche Abgabe der Versicherung im Rahmen eines **Amtsverzeichnisses** nach § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB ist nach richtiger Ansicht nicht erfüllungstauglich[5].

147 Liegen ein **Urteil** oder ein vollstreckungsfähiger Vergleich vor, kann die Abgabe nach **§ 889 Abs. 1 ZPO** erfolgen. Zuständig ist das Vollstreckungsgericht am Wohnsitz des Verpflichteten über den Rechtspfleger, **nicht** das Prozessgericht[6]. Das Verfahren setzt einen Antrag des Berechtigten auf Terminbestimmung voraus. Nach richtiger Ansicht müssen Titel und Zustellungsnachweis[7] vorliegen. Indes gilt die Ladung zum Termin noch nicht als Zwangsvollstreckungsmaßnahme[8]. Dem Schuldner wird nur Gelegenheit zur freiwilligen Erfüllung des Eids gegeben[9]. Auch der Schuldner soll befugt sein, eine Terminsbestimmung zu beantragen[10], wenn er seine titulierte Verpflichtung nachweist. Der Gläubiger hat zwar ein **Anwesenheitsrecht**, aber kein besonderes Fragerecht[11]. Das Vollstreckungsgericht darf die **Formel** der Eidesleistung auch dann ändern, wenn sie in einem Urteil rechtskräftig bestimmt ist[12]. Verweigert der Schuldner die Abgabe nach § 889 Abs. 2 ZPO, richten sich die Zwangsmaßnahmen nach **§ 888 ZPO**[13].

Zur **Beratungssituation**: Unser Mandant kann vom Erbeserben verlangen, dass er die Auskunft überprüft ggf. ergänzt und sie eidesstattlich versichert.

---

1 Nicht das Nachlassgericht: *Schindler*, BWNotZ 2004, 73 (76).
2 MüKo/*Krüger*, § 261 BGB Rz. 3.
3 BayObLG v. 4.7.1952 – BReg. 2 Z 24/5353, BayObLGZ 1953, 135; Palandt/*Heinrichs*, §§ 260, 261 BGB Rz. 32.
4 BayObLG v. 4.7.1952 – BReg. 2 Z 24/5353, BayObLGZ 1953, 135.
5 OLG Jena v. 8.3.2006 – 2 U 762/05, NJW-RR 2006, 951; LG Oldenburg v. 21.5.2008 – 1 O 1477/05, ZErb 2009, 1; *Schindler*, BWNotZ 2004, 73 (77); *Nieder*, ZErb 2004, 60 (65, Fn. 53); *Braun*, MittBayNot 2008, 351 (353); LG Oldenburg v. 21.5.2008 – 1 O 1477/05, ZErb 2009, 1; Palandt/*Heinrichs*, § 261 BGB Rz. 33.
6 *Zöller/Stöber*, § 889 ZPO Rz. 2. Im Rahmen eines Prozessvergleichs kann auch der Richter die Versicherung abnehmen, *Nieder*, ZErb 2004, 60 (65).
7 *Zöller/Stöber*, § 889 ZPO Rz. 2.
8 OLG Düsseldorf v. 12.7.1993 3 W 253/93, MDR 1994, 306 (§ 766 ZPO ist unanwendbar).
9 OLG Celle v. 23.6.1995 – 4 W 89/95, OLGReport 1995, 310.
10 *Zöller/Stöber*, § 889 ZPO Rz. 2.
11 OLG Celle v. 23.6.1995 – 4 W 89/95, OLGReport 1995, 310.
12 OLG Bamberg v. 23.1.1969 – 1 W 403/69, NJW 1969, 1304; Palandt/*Heinrichs*, §§ 260, 261 BGB Rz. 34.
13 Zur entschuldigten Säumnis OLG Düsseldorf v. 12.7.1993 – 3 W 253/93, MDR 1994, 306.

4. Kosten

Der nach **§ 242 BGB** Berechtigte hat alle erforderlichen Kosten der Auskunft, eidesstattlichen Versicherung und Wertermittlung zu tragen[1]. 148

Gemäß **§ 2314 Abs. 2 BGB** gehen die notwendigen Kosten der Erstellung des Privatverzeichnisses und der Zusammenstellung der Unterlagen (geschäftliche Unterlagen, Belege, Vertragswerke)[2], der Aufnahme des amtlichen Verzeichnisses, der Wertermittlung[3], nach abzulehnender h.M. auch der Anwesenheit des Auskunftsberechtigten[4] oder seines Beistands[5] zulasten des Nachlasses. Die Beraterkosten des Auskunftspflichtigen im Rahmen der Verzeichnisaufnahme sind aber keine Verbindlichkeit gem. § 2314 Abs. 2 BGB (streitig)[6]. Der Erbe hat gegen den Pflichtteilsberechtigten keinen Anspruch auf (anteiligen) **Vorschuss** analog § 811 Abs. 2 BGB[7]. Die Kosten sind **Nachlassverbindlichkeiten**, die den Pflichtteilsberechtigten in Höhe seiner Quote belasten. Der Erbe haftet für die Kosten der Wertermittlung nur persönlich, soweit er die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung verloren hat[8]. 149

Der Pflichtteilsberechtigte hat nach der eng auszulegenden Bestimmung von **§ 261 Abs. 3 BGB** die Kosten der eidesstattlichen Versicherung zu tragen, soweit sie notwendigerweise anfallen[9]. Dies sind nur Gerichtskosten[10]. Nicht zu berücksichtigen sind Kosten nach §§ 889 Abs. 2, 888 ZPO und Prozesskosten, die durch den Streit um den Anspruch entstanden sind[11]. Der Verpflichtete darf die Versicherung wohl verweigern, bis der Pflichtteilsberechtigte einen **Kostenvorschuss** geleistet hat[12]. 150

5. Verteidigung

Gegen die Ansprüche aus §§ 2314, 242 BGB kann sich der Schuldner verteidigen, z.B. wie folgt:

---

1 Palandt/*Edenhofer*, § 2314 BGB Rz. 18; MüKo/*Lange*, § 2314 BGB Rz. 23.
2 Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 78, 25; a.A. *Dieckmann* NJW 1988, 1809 (1819, die Kosten der „einfachen Auskunft" soll der Auskunftsschuldner persönlich tragen).
3 BGH v. 9.11.1983 – IVa ZR 151/82, NJW 1984, 487.
4 Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 78; a.A. *Dieckmann* NJW 1988, 1809 (1813, 1819: Anreise- und Anwesenheitskosten nicht bei vorwiegend fiktivem Nachlass).
5 Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 78. Dies ist abzulehnen vgl. BGH v. 9.11.1983 – IVa ZR 151/82, NJW 1984, 487.
6 Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 78; MüKo/*Krüger*, § 260 BGB Rz. 46; a.A. *Becker/Horn*, ZEV 2007, 62 ff. Palandt/*Edenhofer*, § 2314 BGB Rz. 18 (bei nicht einfachen Sachverhalten); BGH v. 25.10.1970 – IV ZR 120/70, nicht veröffentlicht (Steuerberaterkosten für Verzeichniserstellung bei unübersichtlichem Nachlass).
7 *Dieckmann* NJW 1988, 1809 (1813).
8 Palandt/*Edenhofer*, § 2314 BGB Rz. 18.
9 Soergel/*Wolf*, § 261 BGB Rz. 8; MüKo/*Krüger*, §§ 260, 261 BGB Rz. 35.
10 Zur a.A. s. *Hansens*, JurBüro 1986, 825 ff.
11 BGH v. 30.3.2000 – III ZB 2/00, NJW 2000, 2113; Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 78.
12 Wohl OLG Nürnberg v. 1.10.1985 – 10 WF 2204/85 NJW-RR 1986, 159.

151 Der **Erfüllungseinwand** des Erben geht fehl, wenn das Verzeichnis ohne den Pflichtteilsberechtigten aufgenommen wurde, obwohl dieser das Anwesenheitsrecht rechtzeitig verlangt hat[1]. Der Erbe kann die Wertermittlung bei unzureichendem Nachlass mit der **Dürftigkeitseinrede** verweigern, § 1990 Abs. 1 BGB[2]. Der Erbe bleibt aber zur Wertermittlung verpflichtet, soweit der Pflichtteilsberechtigte die Kosten übernimmt und er ein schutzwürdiges Informationsbedürfnis hat[3]. Die geringen Kosten der einfachen Auskunft darf der Erbe aber auch dann nicht verweigern, wenn der Nachlass mittellos ist[4].

152 Ein objektiv **fehlendes Informationsbedürfnis**[5] lässt Ansprüche aus § 2314 BGB sowie § 242 BGB ausscheiden. **Beispiele:**

Keine Auskunftspflicht besteht gegenüber einem Pflichtteilsberechtigten, der auf seinen Pflichtteil verzichtet hat, pflichtteilsunwürdig ist oder durch Ausschlagung seines Erbteils keinen Pflichtteil gewonnen hat. Dies kann auch für Nachlassgegenstände gelten, auf die sich der Pflichtteil wegen **Nachlassspaltung** nicht erstreckt, z.B. bei Immobilien eines deutschen Erblassers in Florida[6]. Ebenso wenig muss ein Abkömmling nach § 2057 BGB analog Auskunft über einen Vorempfang erteilen, der nach § 2056 BGB aus der Ausgleichung herausfällt[7]. Wenn aber Anhaltspunkte vorliegen, dass der Vorempfang eine (teilweise) Schenkung nach § 2325 BGB ist, besteht ein Auskunftsrecht gegen den Beschenkten.

Der Pflichtteils- oder Pflichtteilsergänzungsanspruch ist in Altfällen (Reformgesetz) zum 1.1.2010 **verjährt**[8]. Ausnahmen: Der Pflichtteilsberechtigte benötigt Auskunft, um gegen seinen Anwalt Schadenersatzansprüche wegen Versäumung der Verjährungsfrist beziffern zu können[9]. Der pflichtteilsberechtigte Vermächtnisnehmer hat auch nach Verjährung des Pflichtteilsanspruchs Anspruch auf Auskunft, wenn er seinen Vermächtnisanspruch andernfalls nicht zu berechnen vermag.

153 Die Berufung auf **Schikane** oder **Rechtsmissbrauch** schützt nur in seltenen Fällen[10].

---

1 *Bittler* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 9 Rz. 47; Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 48.
2 BGH v. 19.4.1989 – IVa ZR 85/88, NJW 1989, 2887.
3 Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 76.
4 *Dieckmann*, NJW 1988, 1809 (1813).
5 BGH v. 1.10.1958 – V ZR 53/58, NJW 1958, 1964; BGH v. 3.10.1984 – IVa ZR 56/83, NJW 1985, 384; Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 54; *Schindler*, ZEV 2008, 243 (244).
6 BGH v. 21.4.1993 – XII ZR 248/91, NJW 1993, 1920.
7 Soergel/*Dieckmann*, § 2316 BGB Rz. 27; Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 43.
8 OLG München v. 28.1.2009 – 20 U 4451/08, FamRZ 2009, 1010.
9 BGH v. 3.10.1984 – IVa ZR 56/83, NJW 1985, 384; OLG Karlsruhe v. 21.8.2006 – 15 W 23/06, OLGReport 2007, 517.
10 BGH v. 2.11.1960 – V ZR 124/59, NJW 1961, 602.

Beispiele:

Der Pflichtteilsberechtigte konkurriert mit einem Nachlassunternehmen und verlangt Einsicht in die Geschäftsunterlagen. Hier hat nicht der Pflichtteilsberechtigte persönlich, sondern nur ein neutraler, zur Verschwiegenheit verpflichteter Prüfer das Einsichtsrecht[1].

Ist der Pflichtteilsberechtigte Miteigentümer von Nachlassgegenständen, braucht der Erbe keine Auskunft über wertbildende Faktoren[2] zu erteilen.

Rechtsmissbräuchlich ist das Auskunftsverlangen, wenn der Pflichtteilsanspruch unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt gegeben sein kann[3], etwa wenn auch nach dem Vortrag des Pflichtteilsberechtigten kein Anspruch besteht, selbst bei einem betrügerischen Fehlverhalten des Erben[4].

Alter und Gebrechen des Erben sind kein Verteidigungsmittel. Hier ist nach § 1896 Abs. 1, 2 BGB ein Betreuer zu bestellen[5]. Unerheblich ist auch, ob die Nachlassgegenstände veräußert bzw. unter den Erben verteilt worden sind[6].

Die Zahlung eines Geldbetrags führt grundsätzlich nicht zum Wegfall des Auskunftsanspruchs[7].

Das Recht auf ein Amtsverzeichnis ist nicht verwirkt, wenn sich der Berechtigte lange Zeit mit einem Privatverzeichnis begnügt hat, soweit es nicht von allen Beteiligten als richtig anerkannt wurde[8].

Die **Wertermittlung** eines Nachlassgegenstands durch Gutachten kann abgewehrt werden, wenn der Wert des Nachlassgegenstands durch einen Verkaufserlös kurz vor oder nach dem Erbfall ermittelt werden kann und der Erbe den Pflichtteilsberechtigten über die Modalitäten informiert. Die Bewertung orientiert sich nämlich grundsätzlich am tatsächlich erzielten Verkaufserlös[9].

Nach einer Ansicht[10] steht dem Erben so lange ein **Zurückbehaltungsrecht** zu, bis der Berechtigte selbst Auskunft erteilt hat. Dies ist auch aus praktischen Gründen abzulehnen[11]. 154

1 BGH v. 28.10.1953 – II ZR 149/52, NJW 1954, 70; *Egner*, Der Auskunftsanspruch des Pflichtteilsberechtigten, 1995, S. 192 ff.; Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 76.
2 OLG München v. 15.2.1995 – 12 WF 524/95, OLGReport 1995, 90.
3 BGH v. 1.10.1958 – V ZR 53/58, NJW 1958, 1964; Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 54.
4 OLG Koblenz v. 6.5.2002 – 5 U 1287/01, ZErb 2002, 233.
5 OLG Brandenburg v. 13.6.1997 – 10 W 37/96, FamRZ 1998, 180.
6 Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 48.
7 BGH v. 13.12.1989 – IVb ZR 22/89, FamRZ 1990, 863; OLG Bremen v. 29.1.1997 – 1 U 80/96, OLGReport 1997, 89 (jeweils Unterhaltsrecht).
8 Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 6.
9 BGH v. 14.10.1992 – IV ZR 211/91, NJW-RR 1993, 131.
10 *Egner*, Der Auskunftsanspruch des Pflichtteilsberechtigten, 1995, S. 90 f.; Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 51.
11 Vgl. BGH v. 3.2.1978 – I ZR 116/76, NJW 1978, 1157 (LS); OLG Düsseldorf v. 25.9.2006 – II – 2 UF 78/06, OLGReport 2007, 595 (§ 1379 BGB); OLG Frankfurt v. 17.12.1984 – 3 WF 88/84, NJW 1985, 3083. 7.8.2007 – 20 W 104/07, DStR 2008, 212; LG Marburg v. 9.10.2008 – 1 O 121/08 (nicht veröffentlicht); Palandt/*Heinrichs*, § 273 BGB Rz. 16.

155 Die Ansprüche aus §§ 2314, 242 BGB **verjährten** nach altem Recht in 30 Jahren, § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB a.F.[1]. *Das Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts hat § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB aufgehoben. Ab 1.1.2010 verjähren Pflichtteilsansprüche gegen den Erben (nicht Beschenkten) nach der Regelverjährung in §§ 195, 199 BGB, was im Wesentlichen der bisherigen Sonderregel in § 2332 Abs. 1 BGB a.F. entspricht*[2]*. Haupt- und Hilfsanspruch verjähren nun synchron (Gleichlauf)*[3].

6. Verzug und Folgen falscher Auskunft

156 Der Pflichtteil ist sofort fällig, §§ 2317 Abs. 1, 271 Abs. 1 BGB[4]. Der Erbe kann durch eine **unbezifferte Mahnung** in Verzug kommen, wenn sie dem Antrag einer zulässigen Stufenklage entspricht[5], oder durch einen hilfsweise verlangten Pflichtteil[6]. Das gilt nicht, soweit der Erbe die Verzögerung nicht zu vertreten hat, § 286 Abs. 4 BGB.

Beispiele:

Die Verzögerung der Pflichtteilszahlung, soweit sie von einer Wertermittlung abhängig ist[7], der Erbe hat zu wenig Zeit zur verlässlichen Nachlassberechnung bei umfangreichem Nachlass[8], der Pflichtteilsberechtigte erteilt keine Auskunft nach §§ 2315, 2316, 2050 ff. BGB, so dass keine konkrete Berechnung möglich ist[9]. Jedoch hindern weder § 2014 BGB (Dreimonatseinrede) noch Geldmangel den Verzugseintritt, was auch bei fehlender Zugriffsmöglichkeit auf Nachlassvermögen mangels Erbscheins gelten soll (abzulehnen)[10]. Verzug soll auch gegeben sein, wenn aufgrund eines falschen Wertgutachtens keine weitere Zahlung geleistet wird (abzulehnen)[11], oder der Erbe

1 BGH v. 3.10.1984 – IVa R 56/83, NJW 1985, 384 (§ 195 BGB a.F.); *Bittler* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 9 Rz. 71; a.A. *Löhning*, ZEV 2004, 267 (268, § 2332 Abs. 1 BGB).

2 BT-Drs. 16/8954 v. 24.4.2008, S. 12 zu A.II. 2. und S. 13 zu Artikel 1.

3 *Muscheler*, ZEV 2008, 105 (110).

4 *Rißmann*, ZErb 2002, 181; Staudinger/*Haas*, § 2317 BGB Rz. 9.

5 BGH v. 3.12.2008 – IV ZR 58/07, ZEV 2009, 77; BGH v. 6.5.1981 – IVa ZR 179/80, NJW 1981, 1729.

6 BGH v. 9.4.1981 – IVa ZR 144/80, NJW 1981, 1732.

7 BGH v. 6.5.1981 – IV ZR 170/80, NJW 1981, 1729. Dann kann den Erben ein „Auswahlverschulden" treffen, *Rißmann*, ZErb 2002, 181 (184 f.: Der Erbe sollte sich beim Gutachtensauftrag versichern lassen, dass das Gutachten spätestens in acht Wochen fertig gestellt wird). Diese Grundsätze gelten auch bei Verzögerungen durch Banken, Notare und Versicherungen, *Rißmann*, ZErb 2002, 181 (185).

8 BGH v. 9.4.1981 – IVa ZR 144/80, NJW 1981, 1732 (7 Monate); LG München I v. 19.1.2009 – 15 O 14035/06 (nicht veröffentlicht: Kein Verzug über 5 Monate für Erstellung von Immobiliengutachten). Dies gilt indes nicht, soweit der Nachlass unstreitig ist.

9 *Bittler* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 3 Rz. 10.

10 *Rißmann*, ZErb 2002, 181 (183). Diese Verzögerung hätte den Pflichtteilsberechtigten indes auch als Erbe getroffen.

11 OLG Karlsruhe v. 22.9.2004 – 14 U 173/03, NJW 2005, 515; s. aber BGH v. 6.5.1981 – IV ZR 170/80, NJW 1981, 1729.

irrig von einer wirksamen Pflichtteilsentziehung ausgegangen ist, da ein Rechtsirrtum im allgemeinen nicht entschuldigt[1].

➲ **Beratungshinweis:** Das Auskunftsverlangen des Pflichtteilsberechtigten ist mit einer **Stufenmahnung** – analog zum Antrag in einer Stufenklage, s. Rz. 366 – zu verbinden, um Zinsnachteile zu vermeiden.

Der Erbe kann nach **§ 280 Abs. 2 BGB** schadenersatzpflichtig sein. **Beispiel:** Der Erbe erteilt erst nach Verjährung der Ansprüche aus § 2329 BGB Auskunft über Schenkungen. Der Schaden liegt im Verlust des Anspruchs aus § 2329 BGB[2].

Die Verletzung von Auskunfts- oder Wertermittlungspflichten ist bei der Darlegungslast und/oder **Beweiswürdigung** zugunsten des beweispflichtigen Pflichtteilsberechtigten zu beachten[3]. Die jeweilige prozessuale Sanktion hängt vom Einzelfall und dem Fehlverhalten des Erben ab. Eine Beweislastumkehr ist im Ausnahmefall denkbar[4], es sei denn der Pflichtteilsberechtigte wäre dadurch besser gestellt als er bei ordnungsgemäßer Auskunft des Erben stünde[5]. Eine **Falschauskunft** kann zum Schadenersatz verpflichten, zur Anfechtung berechtigen[6] oder zum Wegfall der Geschäftsgrundlage[7] eines geschlossenen Vergleichs führen. 157

7. Checkliste für die Durchsetzung von Auskunftsansprüchen

158

- Für den Berater: **Vergütungsvereinbarung**[8] bei unwägbarem Pflichtteil schließen. Alternativen: Prozessfinanzierung, u.U. eine Erfolgsvergütung.
- Vermuteten Nachlass (Schenkungen, ehebedingte Zuwendungen, Vorempfänge), Verwandtschafts- und Eheverhältnisse aufnehmen.
- Auskunft gegen Erben fordern. Keine Kenntnisse vom Nachlassbestand erwähnen.

---

1 BGH v. 3.12.2008 – IV ZR 58/07, ZEV 2009, 77.

2 OLG Celle v. 20.2.1997 – 22 U 35/96, OLGReport 1997, 107 (zweifelhaft. § 254 BGB wurde nicht geprüft, obwohl keine Auskunftsansprüche gegen den Beschenkten geltend gemacht wurden).

3 OLG Brandenburg v. 5.11.2008 – 13 U 111/07, ZEV 2009, 36; OLG Oldenburg v. 23.3.1999 – 5 U 134/98, OLGReport 1999, 273; Staudinger/*Haas*, § 2317 BGB Rz. 49; OLG Brandenburg v. 20.2.2008 – 13 U 112/06, BeckRS 2008, 03395 (Beweisvereitelung bei Entsorgung von Nachlassgegenständen); Palandt/*Edenhofer*, § 2317 BGB Rz. 10; Soergel/*Dieckmann*, § 2317 BGB Rz. 10.

4 Staudinger/*Haas*, § 2317 BGB Rz. 49.

5 OLG Brandenburg v. 5.11.2008 – 13 U 111/07, ZEV 2009, 36 (Erbe muss zur Substantiierung einer Darlehensverbindlichkeit keinen Darlehensvertrag vorlegen).

6 Anders bei einer vermuteten unvollständigen Auskunft und einer vereinbarten weiten Abgeltungsklausel mangels Kausalität, OLG Koblenz v. 22.5.2000 – 13 UF 690/99, FamRZ 2001, 160 (§ 1378 BGB).

7 *Egner*, Der Auskunftsanspruch des Pflichtteilsberechtigten, 1995, S. 93.

8 Beachtlich sind insbesondere die neuen Formerfordernisse, § 3a RVG n.F. ab 1.7.2008.

- Parallel: Auskunft über Schenkungen bzw. ausgleichspflichtige Zuwendungen gegen Beschenkte oder pflichtteilsberechtigte Abkömmlinge fordern.
- Kopie des vom Erben ausgefüllten Nachlassverzeichnisses beim Nachlassgericht fordern, § 34 Abs. 1 FGG bzw. seit dem 1.9.2009 § 13 FamFG[1].
- **Grundbuchauskunft**[2] einholen, §§ 12, 12a GBO. Der Anspruch zielt auch auf eine Abschrift eines Übergabe- und Schenkungsvertrags sowie eines nach dem Tode zeitnah geschlossenen Kaufvertrags aus den Grundakten[3], da der Erlös für den Grundstückswert Bedeutung hat, s. Rz. 80. Der Darlegung eines Pflichtteilsanspruchs bedarf es nicht.
- Handelsregisterauskunft einholen, § 9 HGB[4].
- Bei unbefriedigender Auskunft Ergänzung fordern, Kenntnisse erwähnen, die die Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit der Auskunft nahe legen.
- Kosten und Nutzen eines Auskunftsstreits beachten. Auskunft ist kein Selbstzweck. Ziel ist, schnell Ansprüche zu beziffern. Bei unfruchtbarem Streit prüfen, ob ein Ausweichen auf ein Amtsverzeichnis, das Verlangen auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung oder die Bezifferung des Pflichtteils (u.U. Teilbetrag) auf Schätzbasis sinnvoll ist.
- Eidesstattliche Versicherung nur verlangen, wenn keine Auskunftsergänzung oder kein Amtsverzeichnis in Betracht kommen.
- Kann der Wert eines Nachlassgegenstands durch einen zeitnahen Verkaufserlös ermittelt werden?
- Nutzen und Kosten von Gutachten oder einvernehmliche Wertfestsetzung prüfen.
- Gemischte Schenkungen: Wert einer ergänzungspflichtigen Schenkung ermitteln.
- Wertermittlungsansprüche gegen Beschenkten auf eigene Kosten nur prüfen, wenn der Erbe nicht verpflichtet ist.
- Wertermittlungsansprüche wegen ausgleichspflichtiger Zuwendungen auf wirtschaftlichen Nutzen prüfen (auch wegen § 2056 BGB).
- Wertermittlung möglichst über lokalen und öffentlich bestellten und vereidigten Gutachter durchführen.

---

1 Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 57; grundsätzlich nicht durch Aktenübersendung in Kanzlei, OLG Düsseldorf v. 1.8.2008 – I-3 Wx 118/08, OLGReport 2008, 799; zu § 34 FGG OLG München v. 27.7.2007 – 33 Wx 034/07, OLGReport 2007, 937 (kein Einsichtsrecht des Pflichtteilsberechtigten in Betreuungsakte). Ab 1.9.2009 ersetzt das FamFG das FGG, s. *Kroiß*, ZErb 2008, 300 (307); *Zimmermann*, ZEV 2009, 1 ff.

2 Nach dem Tode des Erblassers besteht ein Grundbucheinsichtsrecht nach §§ 12, 12a GBO, BayObLG v. 25.3.1998 – 2 Z BR 171/97, OLGReport 1998, 41.

3 KG v. 20.1.2004 – 1 W 294/03, KG Report 2004, 214; *Bittler* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 9 Rz. 55; LG Stuttgart v. 9.2.2005 – 1 T 1/2005, ZEV 2007, 313 (auch für den Erben).

4 *Schlitt*, ZEV 2008, 515 (516).

8. Übersicht

159

	§ 2314 Abs. 1 Satz 1 BGB	**§ 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB**	**§ 242 BGB**	**§ 242 BGB**	**§ 2057 BGB analog**
Anspruch	**Auskunft** Realer und fiktiver Nachlass	**Wert-ermittlung** Realer und fiktiver Nachlass	**Auskunft** Realer und/ oder fiktiver Nachlass	**Wert-ermittlung** Realer und/ oder fiktiver Nachlass	**Auskunft** ausgleichs-pflichtige Zuwendun-gen
	Vorlage wertrelevan-ter Unterla-gen, Ver-tragswerke über fiktiven Nachlass	Vorlage wertrelevan-ter Unterla-gen.	Vorlage wertrelevan-ter Unterla-gen, Ver-tragswerke über fiktiven Nachlass	Vorlage wertrelevan-ter Unterla-gen.	
Gläubiger	Pflichtteils-berechtigter Nichterbe	Pflichtteils-berechtigter Nichterbe	(Pflichtteils-berechtigter) Erbe	Pflichtteils-berechtigter Erbe oder Nichterbe	Pflichtteils-berechtigter Abkömm-ling
			Geschiede-ner Ehegatte nach § 1586b BGB	Geschiede-ner Ehegatte nach § 1586b BGB	
			Beschenkter nach § 2329 BGB	Beschenkter nach § 2329 BGB	
Schuldner	Erbe	Erbe	(beschenk-ter) Pflicht-teilsberech-tigter	beschenkter Pflichtteils-berechtigter	Pflichtteils-berechtigter Abkömm-ling unbe-schadet sei-ner Erben-stellung
	Beschenkter (Schenkun-gen)		Beschenkter Erbe	Beschenkter Erbe	
			Beschenkter Dritter	Beschenkter Dritter	
Kostenlast	Nachlass § 2314 Abs. 2 BGB	Nachlass § 2314 Abs. 2 BGB	Gläubiger	Gläubiger	Schuldner

IV. Pflichtteil trotz Zuwendung des Erblassers, §§ 2305–2307, 1371 Abs. 3 BGB

1. Pflichtteilsanspruch des belasteten Erben oder Nacherben, § 2306 BGB

➲ **Beratungssituation:** Mandant ist einziger Sohn seines verstorbenen Vaters. Er ist Miterbe zu ⅔, seine Tante Miterbin zu ⅓. Die lokale Kirche hat ein Vermächtnis erhalten von 40 000 Euro. Nachlasswert: 100 000 Euro. Kann Mandant den Pflichtteil verlangen?

160 *Das Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts*[1] *hat § 2306 Abs. 1 BGB stark vereinfacht. Vorteil für den Pflichtteilsberechtigten: Für alle Erbfälle ab* ***1.1.2010*** *ist ihm ein generelles Wahlrecht eingeräumt worden. Ist sein Erbteil – unabhängig von Größe und Wert – mit Beschränkungen und Beschwerungen belastet, kann er den Erbteil mit allen Belastungen annehmen* ***oder*** *den Erbteil ausschlagen und den Pflichtteil verlangen. Quoten- und Werttheorie spielen keine Rolle. Der Beginn der Ausschlagungsfrist wird klar und rechtssicher. Nachteil für den Pflichtteilsberechtigten: Die Beschränkungen und Beschwerungen entfallen für alle Erbfälle ab 1.1.2010 nicht mehr, wenn der belastete Erbteil nicht größer ist als der Pflichtteil. Der Pflichtteilsberechtigte hat also* ***immer*** *form- und fristgemäß auszuschlagen, wenn er vermeiden will, dass der Wert seines Erbteils durch die Belastungen unter seinen Pflichtteil sinkt. Im Zweifel ist auch und gerade nach der Gesetzesänderung eine Ausschlagung zu empfehlen. Das Wahlrecht ist praktisch ein Wahlzwang. Für alle Erbfälle bis* ***31.12.2009*** *verbleibt es bei der Anwendung von § 2306 Abs. 1 BGB a.F. Zur Synopse s. Rz. 2a.*

Die neue Fassung von § 2306 Abs. 1 BGB[2] gewährleistet, dass der Pflichtteilsberechtigte seinen Erbteil, der durch Testamentsvollstreckung[3], Vermächtnis[4], Auflage[5], Teilungsanordnung[6] oder Nacherbschaft[7] belastet ist, ausschlagen kann, um den Pflichtteil zu erlangen[8]. Die Einsetzung des Pflichtteilsberechtigten als Nacherbe steht den Beschränkungen in § 2306 Abs. 1 BGB gleich, § 2306 Abs. 2 BGB. Das gilt nach zutreffender Minder-

1 BT-Drs. 16/8954 v. 24.4.2008, S. 19 zu Nr. 21 (§ 2305 BGB) und S. 20 zu Nr. 22 (§ 2306 Abs. 1 BGB); BGBl. ■.

2 Kritisch zur alten Rechtslage in § 2306 BGB a.F.: Bt.-Drs. 16/8954 v. 24.4.2008, S. 20 zu Nr. 22 (§ 2306 BGB); *Bengel*, ZEV 2000, 388 ff.

3 Stets wegen Einschränkung der Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis, Staudinger/*Haas*, § 2306 BGB Rz. 23.

4 §§ 2147 ff., 1969 BGB, nicht aber § 1932 BGB, Staudinger/*Haas*, § 2306 BGB Rz. 29.

5 §§ 2192 ff. BGB. Eine Schiedsgerichtsanordnung ist keine erbrechtliche Auflage, MüKo/*Leipold*, § 1937 BGB Rz. 31; Kapitel B XIV Rz. 35. Sie fällt nicht unter § 2306 BGB, *Haas*, ZEV 2007, 49 (51); Staudinger/*Haas*, § 2306 BGB Rz. 30a (Schutz bietet nur § 138 BGB); a.A. *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 2 Rz. 66 (§ 2306 BGB analog). S. auch Rz. 349.

6 §§ 2048, 2044 BGB, Staudinger/*Haas*, § 2306 BGB Rz. 25.

7 Das gilt auch, wenn der Pflichtteilsberechtigte befreiter Vorerbe ist, Staudinger/*Haas*, § 2306 BGB Rz. 16.

8 Zur alten Rechtslage siehe Palandt/*Edenhofer*, § 2306 BGB Rz. 1 a.F..

meinung auch für die aufschiebend bedingte Nacherbfolge, deren Eintritt ungewiss ist, z.B. bei den klassischen Wiederverheiratungs- oder Verwirkungsklauseln[1]. Der BGH[2] hat diese Streitfrage bislang nicht entschieden. Der Schutzzweck greift auch bei einem gesetzlichen Erbteil, der durch Verfügung von Todes wegen entsprechend belastet ist[3]. § 2306 Abs. 1 BGB gilt über den Wortlaut hinaus auch für den pflichtteilsberechtigten Alleinerben[4]. § 2306 BGB setzt voraus, dass die Erbschaft durch die angeführten Beschränkungen oder Beschwerungen objektiv belastet ist. Die Belastungen sind abschließend aufgezählt[5] und müssen im Zeitpunkt des Erbfalls vorliegen[6]. § 2306 BGB gilt nicht bei anderen Belastungen[7] oder Beschränkungen nach § 2338 BGB[8]. Auf die erbrechtliche Nachfolge bei Personengesellschaften soll § 2306 BGB nach streitiger Ansicht nicht anwendbar sein, da die Sondererbfolge sonst undurchführbar wäre[9].

a) Für Erbfälle bis 31.12.2009: Ist der Erbteil größer (§ 2306 BGB a.F.)?

Der Schutz von § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. entfällt, wenn der hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils übersteigt[10]. Maßgeblich sind die erbrechtlichen Verhältnisse im Erbfall[11]. Die Vergleichsmethode ist umstritten: 161

1 Staudinger/*Haas*, § 2306 BGB Rz. 18 ff., 50 ff.; Soergel/*Dieckmann*, § 2306 BGB Rz. 6; MüKo/*Lange*, § 2306 BGB Rz. 9; a.A. *Bestelmeyer*, Rpfleger 2007, 1 (5); Palandt/*Edenhofer*, § 2306 BGB Rz. 8; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 2 Rz. 96; Erman/*Schlüter*, § 2306 BGB Rz. 1; *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 25 (Pflichtteil ohne Ausschlagung, bei Bedingungseintritt Anrechnung der Pflichtteilszahlung); offen gelassen *Schindler*, ZErb 2007, 381 (382).

2 Das BayObLG hat am 8.12.2003 – 1 Z BR 107/02, ZEV 2004, 464, zurecht darauf hingewiesen, dass der BGH am 28.10.1992 – IV ZR 221/91, NJW 1993, 1005, nur über eine Verwirkungsklausel mit *auflösender* Bedingung entschieden hat. Ob der BGH bei einer *aufschiebenden* Bedingung ebenso entscheiden würde, ergibt sich daraus nicht.

3 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 2 Rz. 44; Staudinger/*Haas*, § 2306 BGB Rz. 3.

4 Stillschweigend BGH v. 5.7.2006 – IV ZB 39/05, NJW 2006, 3353; OLG Karlsruhe v. 10.10.2007 – 7 U 114/07, ZEV 2008, 39 (fehlerhaft, soweit § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB verkannt wird); Staudinger/*Haas*, § 2306 BGB Rz. 54; *Schindler*, ZEV 2008, 243.

5 MüKo/Lange, § 2306 BGB Rz. 6; Staudinger/*Haas*, § 2306 BGB Rz. 14.

6 Staudinger/*Haas*, § 2306 BGB Rz. 15; *Gottwald*, § 2306 BGB Rz. 7.

7 Z.B. Ersatz- oder Ersatznacherbschaft, Schlusserbschaft, familienrechtliche Anordnungen.

8 MüKo/*Lange*, § 2306 BGB Rz. 6; Palandt/*Edenhofer*, § 2306 BGB Rz. 8.

9 Palandt/*Edenhoder*, § 2306 BGB Rz. 1; *Keller*, ZEV 2001, 297 ff.; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 2 Rz. 69; einschränkend zu Recht MüKo/*Lange*, § 2306 BGB Rz. 13; Staudinger/*Haas*, § 2306 BGB Rz. 26 ff.; gute Gründe für die Unanwendbarkeit von § 2306 BGB bei *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 2 Rz. 69. (nicht bei einfacher, grds. aber bei qualifizierter Nachfolgeklausel).

10 BGH v. 28.10.1992 – IV ZR 221/91, NJW 1993, 1005.

11 Palandt/*Edenhofer*, § 2306 BGB Rz. 6; Staudinger/*Haas*, § 2306 BGB Rz. 4.

– Nach h.M.[1] ist grundsätzlich der abstrakte Vergleich der Quoten maßgeblich, sog. Quotentheorie. Zu vergleichen ist die hinterlassene Erbquote mit der Pflichtteilsquote. Der Wert und die Belastungen des hinterlassenen Erbteils sowie des Pflichtteils bleiben unberücksichtigt[2]. Die Quote des hinterlassenen Erbteils folgt aus der letztwilligen Verfügung. Die Hälfte des gesetzlichen Erbteils entspricht der Pflichtteilsquote. Bei Zugewinngemeinschaftsehe gilt für den überlebenden Ehegatten die gemäß § 1371 Abs. 1 BGB erhöhte Quote, ebenso beim Lebenspartner gemäß § 6 LPartG.

– Die a.A.[3] verlangt stets einen konkreten Wertvergleich zwischen dem Pflichtteil und dem hinterlassenen Erbteil, sog. Werttheorie.

– Nach h.M.[4] ist ein Wertvergleich aber geboten, wenn der Pflichtteil nach §§ 2315, 2316 BGB ermittelt wird. Dabei ist zu vergleichen, ob der Wert des nach §§ 2315, 2316 BGB berechneten konkreten Pflichtteils hinter dem „Rohwert" des hinterlassenen Erbteils ohne Abzug der in § 2306 BGB a.F. bezeichneten Belastungen zurückbleibt[5]. Maßgeblich ist der Wert zum Zeitpunkt des Erbfalls, § 2311 BGB[6]. Eine differenzierte Ansicht wendet die Werttheorie aber nur an, wenn der Pflichtteilsberechtigte selbst zur Ausgleichung verpflichtet ist[7]. Dem ist nicht zu folgen, da § 2316 BGB den Pflichtteil aller Abkömmlinge beeinflusst[8], s. Rz. 183. Eine weitere Mindermeinung berücksichtigt beim Wertvergleich den Gesamtpflichtteil des Pflichtteilsberechtigten, also auch Schenkungen nach § 2325 BGB[9]. Dies ist ebenso abzulehnen[10].

---

1 BGH v. 9.3.1983 – IVa ZR 211/81 NJW 1983, 2378 („in der Regel"); OLG Stuttgart v. 29.1.2009 – 19 U 150/08, EE 2009, 64; OLG Zweibrücken v. 3.8.2006 – 4 U 114/05, ZEV 2007, 97; OLG Celle v. 10.10.2002 – 22 U 79/01, ZEV 2003, 365 mit Anm. *Keim*, ZEV 2003, 358 f.; OLG Köln v. 28.10.1996 – 16 W 60/96, ZEV 1997, 298; Staudinger/*Haas*, § 2306 BGB Rz. 5, 7b; *Schindler*, ZEV 2008, 243; Palandt/*Edenhofer*, § 2306 BGB Rz. 3; *Bartsch*, ZErb 2009, 71 (75).

2 Soergel/*Dieckmann*, § 2306 BGB Rz. 2; *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 28.

3 *Klingelhöffer*, ZEV 1997, 299.

4 OLG Stuttgart v. 29.1.2009 – 19 U 150/08, EE 2009, 64; OLG Zweibrücken v. 3.8.2006 – 4 U 114/05, ZEV 2007, 97; OLG Köln v. 28.10.1996 – 16 W 60/96, ZEV 1997, 298; BayObLG v. 5.11.1987 – BReg 1 Z 42/87, NJW-RR 1988, 387; Palandt/*Edenhofer*, § 2306 BGB Rz. 4; Erman/*Schlüter*, § 2306 BGB Rz. 1; *Kasper*, Anrechnung und Ausgleichung im Pflichtteilsrecht, 199, S. 154 ff.; s. auch BGH v. 9.12.1992 – IV ZR 82/92, NJW 1993, 1197 (§ 2316 Abs. 2 BGB).

5 OLG Zweibrücken v. 3.8.2006 – 4 U 114/05, ZEV 2007, 97; MüKo/*Lange*, § 2306 BGB Rz. 4; Staudinger/*Haas*, § 2306 BGB Rz. 8.

6 OLG Naumburg v. 23.8.2007 – 1 U 28/07, ZEV 2008, 241 (fehlerhaft, soweit § 2306 Abs. 1 Satz 1 statt Satz 2 BGB angenommen wird) mit zutreffender kritischer Anm. *Schindler*, ZEV 2008, 243 f.; ebenso Palandt/*Edenhofer*, § 2306 BGB Rz. 3.

7 OLG Celle v. 9.3.1995 – 22 U 73/94, ZEV 1996, 307 mit zust. Anm. *Skibbe*; *Keim*, ZEV 2003, 358 (359); *Langenfeld*, Testamentsgestaltung, § 3 Rz. 104.

8 Staudinger/*Haas*, § 2306 BGB Rz. 8; *Kerscher/Riedel/Lenz*, § 6 Rz. 40–42.

9 *Schindler*, ZErb 2006, 186 ff.

10 OLG Celle v. 9.3.1995 – 22 U 73/94, ZEV 1996, 307 (kein Bedürfnis, da die Pflichtteilsergänzung dem Erben verbleibt, § 2326 BGB); *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 2 Rz. 57; *Nieder/Kössinger*, § 2

Ein **zusätzlich** zum **Erbteil** zugewendetes **Vorausvermächtnis** wird wertmäßig auf den Erbteil hinzugerechnet, wenn es angenommen wird[1]. In diesen Fällen ist ebenfalls ein **Wertvergleich** maßgeblich. **Beispiel:** Ein Pflichtteilsberechtigter hat neben dem belasteten Erbteil in Höhe der Pflichtteilsquote ein stattliches Vermächtnis erhalten. Er kann sich nur dann auf § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. berufen, wenn er das Vermächtnis ausschlägt[2]. 162

b) Für Erbfälle bis 31.12.2009: § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F.

Ist der belastete Erbteil gleich oder kleiner als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, hat § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. **zwingende Wirkung**: 163

– Alle angeordneten **Belastungen** des Erbteils **entfallen ipso jure**.

  Beispiele:

  Eine angeordnete Testamentsvollstreckung entfällt für den Erbteil des Pflichtteilsberechtigten, bleibt im Übrigen aber bestehen. Der Testamentsvollstrecker kann über den Nachlass nur mit Zustimmung der pflichtteilsberechtigten Miterben verfügen. Der als **Vorerbe** eingesetzte Pflichtteilsberechtigte wird mit Eintritt des Erbfalls Vollerbe. Dies ist auch der Fall, wenn der Pflichtteilsberechtigte **Nacherbe** ist, da die Vorerbschaft mit Eintritt des Erbfalls wegfällt, §§ 2306 Abs. 2, 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F.[3]. Ein **Vermächtnis** entfällt zugunsten des Erbteils des Pflichtteilsberechtigten und ist i.d.R. in voller Höhe von den übrigen Miterben zu tragen[4]. Ausnahmsweise kann die Testamentsauslegung ergeben, dass ein Vermächtnis anteilig zu kürzen ist oder sogar vollständig wegfällt[5]. Eine Teilungsanordnung entfällt nur, wenn sie den Pflichtteilsberechtigten benachteiligt, dagegen nicht, wenn sie ihn begünstigt[6].

– Der Pflichtteilsberechtigte hat ggf. Anspruch auf den Zusatzpflichtteil, wenn der hinterlassene Erbteil unter dem Pflichtteil liegt, **§ 2305 BGB a.F.**[7]. Unbeschadet bleiben in der Zugewinngemeinschaftsehe die Rechte des überlebenden Ehegatten aus § 1371 Abs. 2 BGB.

Rz. 29 (mit Hinweis auf möglichen anderen Schuldner, § 2329 BGB); Staudinger/*Haas*, § 2306 BGB Rz. 13a.

1 BGH v. 30.4.1981 – IVa ZR 128/80, NJW 1981, 1837; *Keim*, ZEV 2003, 358 (359); *Kerscher/Riedel/Lenz*, § 6 Rz. 47; *Langenfeld*, Testamentsgestaltung, § 3 Rz. 104; *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 25.

2 BGH v. 30.4.1981 – IVa ZR 128/80, NJW 1981, 1873; *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 25; Palandt/*Edenhofer*, § 2306 BGB Rz 2.

3 Staudinger/*Haas*, § 2306 BGB Rz. 39, 40 (zum Streit über die Quote, wenn ein Pflichtteilsberechtigter als Vor-, ein anderer Pflichtteilsberechtigter als Nacherbe eingesetzt ist).

4 *U. Mayer*, DNotZ 1996, 422 (424).

5 MüKo/*Lange*, § 2306 BGB Rz. 16; Staudinger/*Haas*, § 2306 BGB Rz. 37 (z.B. Sach-, nicht Geldvermächtnis).

6 Palandt/*Edenhofer*, § 2306 BGB Rz. 6; MüKo/*Lange*, § 2306 BGB Rz. 11.

7 BGH v. 1.10.1958 – V ZR 53/58, NJW 1958, 1964; Staudinger/*Haas*, § 2306 BGB Rz. 34.

– Der Erblasser kann die Rechtsfolge in § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. in einer letztwilligen Verfügung nicht durch eine „socinische Klausel" umgehen[1].

– Der Pflichtteilsberechtigte darf im Fall von § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. **nicht ausschlagen**, da er dann seinen Pflichtteil verliert[2]. Die einzige Ausnahme gilt für den überlebenden Ehegatten nach § 1371 Abs. 3 BGB, s. Rz. 176.

164 ➲ **Beratungshinweis:** § 2306 BGB a.F. provoziert Beratungsfehler (**Haftungsfalle**). Nachlassplanungen können durch § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. vereitelt werden. Jede **Testamentsgestaltung** verlangt die Prüfung von § 2306 BGB. Dabei sind wegen der Gefahr vergessener Anrechnungs- und Ausgleichungspflichten nach §§ 2315, 2316 BGB alle Überlassungsverträge zu sichten. Andernfalls kann nicht festgestellt werden, ob die Quoten- oder die Werttheorie gilt. Eine Schlüsselrolle spielt § 2306 BGB auch beim sog. Behindertentestament, das große Sorgfalt bei der Gestaltung verlangt, s. Kapitel B VIII[3].

c) Für Erbfälle bis 31.12.2009: § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F.

165 Übersteigt der hinterlassene und belastete Erbteil den Pflichtteil, ist der Pflichtteilsberechtigte im **Wahlzwang**. Er muss sich für den belasteten Erbteil oder den Pflichtteil entscheiden, § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. Im höchstpersönlichen, aber vererblichen Wahlrecht erschöpft sich sein Schutz[4]. Der Pflichtteilsberechtigte erhält den **Pflichtteil** nur, wenn er die **Erbschaft fristgemäß in sechs Wochen ausschlägt** oder die Annahme der Erbschaft erfolgreich angefochten hat. Der Ausschlagende gilt nach § 1953 Abs. 2 BGB als vorverstorben. Der Erbteil fällt dann dem Ersatzerben nach §§ 2096, 2099 BGB an. Ist keine Ersatzerbfolge verfügt, kann der Erbteil entweder einem Miterben nach § 2094 BGB anwachsen oder gesetzliche Erbfolge greifen. Die Kinder des ausschlagenden Pflichtteilsberechtigten kommen aber im Zweifel nicht als Ersatzerben nach § 2069 BGB zum Zug, um eine Besserstellung des Stamms zu vermeiden[5]. Die Belastungen des Erbteils bleiben, soweit sie den Pflichtteilsberechtigten nicht persönlich treffen sollten, bestehen. Für das Vermächtnis gilt insoweit § 2161 BGB und für die Auflage § 2192 BGB[6]. Bei

1 BGH v. 28.10.1992 – IV ZR 221/91, NJW 1993, 1005. Nach dieser Testamentsklausel wird dem Pflichtteilsberechtigten für den Fall, dass er die angeordneten Belastungen nicht übernimmt, ein unbelasteter Erbteil in Höhe seiner Pflichtteilsquote zugewandt. Die Klausel ist nur wirksam, wenn der hinterlassene Erbteil die Pflichtteilsquote übersteigt, Palandt/*Edenhofer*, § 2306 BGB Rz. 7; MüKo/*Lange*, § 2306 BGB Rz. 15; Staudinger/*Haas*, § 2306 BGB Rz. 49, 67a; a.A. Erman/*Schlüter*, § 2306 BGB Rz. 2, s. auch Rz. 341.

2 Palandt/*Edenhofer*, § 2306 BGB Rz. 5.

3 Jüngst *Wendt*, ZNotP 2008, 2 ff.; *Mundanjohl/Tanck*, ZErb 2006, 177 ff.; *Spall*, ZEV 2006, 344 ff.; *Schindler*, ZErb 2007, 381 ff.

4 Staudinger/*Haas*, § 2306 BGB Rz. 53.

5 Staudinger/*Haas*, § 2306 BGB Rz. 57; anders bei abweichendem Erblasserwillen, BayObLG v. 2.3.2000 – 2 Z BR 144/99, ZEV 2000, 274.

6 Palandt/*Edenhofer*, § 2306 BGB Rz. 11.

Zugewinngemeinschaftsehe kann der überlebende ausschlagende Ehegatte nur noch den kleinen Pflichtteil und einen Zugewinnausgleich geltend machen. Die Ausschlagung hat gegenüber dem **Nachlassgericht** in öffentlich beglaubigter Form zu erfolgen, § 1945 Abs. 1 Satz 2 BGB. In der Pflichtteilsforderung liegt daher keine Ausschlagung[1]. Nach zutreffender Meinung ist die **Ausschlagung** des Pflichtteilsberechtigten unter dem **Vorbehalt**, dass er den vollen Pflichtteil erhält, unwirksam, § 1947 BGB (streitig)[2]. Ratsam ist jedenfalls, den Beweggrund für die Ausschlagung in der Niederschrift oder notariellen Erklärung nach § 1945 Abs. 1, 2 BGB anzugeben, um sich die Möglichkeit einer Anfechtung offen zu halten. Die Ausschlagung greift nicht, wenn die Erbschaft bereits (konkludent) angenommen wurde[3]. Dann bedarf es einer Anfechtung. Der Sozialhilfeträger kann das Ausschlagungsrecht – anders als den Pflichtteilsanspruch – nicht auf sich überleiten (Stichwort Behindertentestament)[4].

Wird die Erbschaft **nicht ausgeschlagen**, bleiben alle Belastungen bestehen. Das gilt auch, wenn der Wert des Erbteils durch die Belastungen (z.B. ein Vermächtnis) unter den Wert des Pflichtteils sinkt[5]. Ferner ist § 2305 BGB a.F. i.R.v. § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. unanwendbar[6]. 166

➲ **Beratungshinweis**: Vor jeder Ausschlagung ist zu prüfen:

- Für Erbfälle bis 31.12.2009: Liegt tatsächlich ein Fall von § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. vor?
- Wer erhält den ausgeschlagenen Erbteil? Der Eintretende hat kein Ausschlagungsrecht nach § 2306 Abs. 1 BGB, sondern nur dasjenige nach § 1942 BGB[7].
- Tritt Ersatzerbfolge, Anwachsung oder gesetzliche Erbfolge ein?

---

1 Staudinger/*Haas*, § 2306 BGB Rz. 56.

2 *Specks*, ZEV 2007, 356 (360); MüKo/*Lange*, § 2306 Rz. 14; LG München v. 17.12.2004 – 16 T 3825/03, FamRZ 2004, 1326; OLG Hamm v. 16.7.1981 – 15 W 42/81, MDR 1981, 1017; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 2 Rz. 74; a.A. für Zulässigkeit Staudinger/*Haas*, § 2305 BGB Rz. 12; *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 22; Palandt/*Edenhofer*, § 2305 BGB Rz. 5 (keine Bedingung, da bei Abgabe der Erklärung bereits feststeht, ob der Pflichtteil entstanden ist).

3 OLG Hamm v. 18.3.2004 – 15 W 38/04, OLGReport 2004, 244; Staudinger/*Haas*, § 2306 BGB Rz. 55.

4 S. Rz. 4; Palandt/*Edenhofer*, § 2306 BGB Rz. 9; MüKo/*Lange*, § 2317 BGB Rz. 10; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 2 Rz. 86; offen gelassen BGH v. 8.12.2004 – IV ZR 223/93, ZEV 2005, 177, Stichwort: Behindertentestament und BGH v. 19.10.2005 – IV ZR 235/03, ZEV 2006, 76; instruktiv *Wendt*, ZNotP 2008, 2 (8 ff.).

5 BGH v. 10.7.1985 – IVa ZR 151/83, NJW 1985, 2828; *Schindler*, ZEV 2008, 243; *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 14; *Bartsch*, ZErb 2009, 71; *U. Mayer*, DNotZ 1996, 423 (424); *Keim*, ZEV 2003, 358 (359).

6 OLG Celle v. 10.10.2002 – 22 U 79/01, ZEV 2003, 365; Staudinger/*Haas*, § 2306 BGB Rz. 55.

7 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 2 Rz. 81; Staudinger/*Haas*, § 2306 BGB Rz. 58.

- Wer trägt die Pflichtteilslast? Dies ist im Zweifel derjenige, der anstelle des ausschlagenden Pflichtteilsberechtigten tritt, § 2322 BGB.
- Bleiben Vermächtnisse oder Auflagen bestehen, §§ 2161, 2192 BGB? Im Zweifel sind Vermächtnisse und Auflagen nur nach § 2322 BGB zu kürzen, der das weitergehende Kürzungsrecht aus § 2318 Abs. 1 BGB einschränkt. Die Belastungen sind von demjenigen, der an die Stelle des ausschlagenden Pflichtteilsberechtigten tritt, auch dann zu tragen, wenn ihm vom Nachlass selbst nichts mehr verbleibt. Mit dem Eigenvermögen muss er aber nicht haften, § 1992 BGB[1].
- Auch § 2318 Abs. 3 BGB kann keine versäumte Ausschlagung heilen (missverständlicher Wortlaut), s. Rz. 294. Als letzte Möglichkeit verbleibt insoweit nur eine Anfechtung, s. Rz. 177.

Zur **Beratungssituation**: Mandant wurde ein Erbteil von ⅔ zugewandt. Der Wahlzwang von § 2306 Abs. 1 BGB ist einschlägig. Mandant sollte ausschlagen, da der Pflichtteil höher ist:

Mandant schlägt nicht aus:		**Mandant schlägt aus und macht Pflichtteil geltend:**	
Nachlass:	100000 Euro	Nachlass	100000 Euro
./. Vermächtnis	40000 Euro	Pflichtteil ½	50000 Euro
Rest	60000 Euro		
⅔	40000 Euro		

d) Ausschlagungsfrist, § 2306 Abs. 1 Halbs. 2 BGB

167 Der Pflichtteilsberechtigte ist unter Zeitdruck. Innerhalb der Ausschlagungsfrist von **sechs Wochen** (§ 1944 BGB) muss er feststellen, ob der Pflichtteil oder der hinterlassene und belastete Erbteil günstiger ist. Bei schwierigen Nachlässen ist dies kaum möglich. Im **Zweifel** ist die **Ausschlagung** anzuraten[2]. Problematisch kann sein, wann die Ausschlagungsfrist gemäß § 2306 Abs. 1 Halbs. 2 BGB beginnt:

168 – Die Frist läuft nicht vor derjenigen aus § 1944 Abs. 2 BGB[3].
– Ferner ist nach § 2306 Abs. 1 2. Halbs., BGB erforderlich, dass der Pflichtteilsberechtigte zuverlässige Kenntnis von den Belastungen erlangt hat. Die Kenntnis des Wertes der Belastungen ist hierfür unerheblich[4]. Hat der Pflichtteilsberechtigte berechtigte Zweifel an der Gültigkeit der gesamten letztwilligen Verfügung, scheitert der Fristlauf bereits an § 1944 Abs. 2 Satz 1 BGB[5]. Solange er die Belastungen nach vertretbarer Ansicht für nich-

1 *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 32.
2 *U. Mayer*, DNotZ 1996, 422 (429).
3 BGH v. 5.7.2000 – IV ZR 180/99, ZEV 2001, 401; hierzu OLG München v. 28.8.2006 – 31 Wx 045/06, OLGReport 2007, 13; BayObLG v. 29.10.1997 – 1 Z BR 62/97, OLGReport 1998, 29.
4 *Schaal*, BWNotZ 2008, 2 (10).
5 *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 30; Staudinger/*Haas*, § 2306 BGB Rz. 61.

tig hält, wird die Frist hinausgeschoben[1]. Das gilt aber nicht, wenn der Pflichtteilsberechtigte nur irrig annimmt, sein Erbteil sei belastet[2].

- Für Erbfälle bis 31.12.2009 (§ 2306 BGB a.F.): Ferner muss der Pflichtteilsberechtigte über den Wortlaut der Norm hinaus nach der Quotentheorie wissen, ob der ihm hinterlassene Erbteil die Pflichtteilsquote übersteigt[3]. Hierüber besteht sofort Klarheit, wenn die letztwillige Verfügung die Erbquote angibt. Liegt die Erbeinsetzung in der Zuwendung einzelner Gegenstände, beginnt die Frist erst, wenn der Pflichtteilsberechtigte das Wertverhältnis dieser Zuwendung zum gesamten Nachlass einschätzen kann[4]. Überdies benötigt ein Abkömmling bei Zugewinngemeinschaftsehe des Erblassers zur Erbquotenberechnung auch das Wissen, ob der überlebende Ehegatte ausschlägt und die güterrechtliche Lösung wählt, § 1371 Abs. 2 BGB[5].
- Für Erbfälle bis 31.12.2009 (§ 2306 BGB a.F.): Ist ausnahmsweise die Werttheorie anzuwenden, läuft die Frist erst, wenn der Pflichtteilsberechtigte weiß, ob der Wert seines Erbteils den ihm zukommenden Anrechnungs- oder Ausgleichungspflichtteil übersteigt oder nicht[6]. Die Fristverschiebung soll nach zweifelhafter Ansicht auch bei der bloßen Möglichkeit eingreifen, dass entsprechende Pflichten bestehen, sofern nicht der hinterlassene Erbteil den Pflichtteil in jedem Fall übersteigt[7].
- Im Übrigen setzt der Fristlauf nach h.M. nicht voraus, dass dem Pflichtteilsberechtigten der Wert des gesamten Nachlasses und damit auch der Wert seines ihm konkret verbleibenden Erbteils bekannt ist[8].
- Maßgeblich ist die Kenntnis des Bevollmächtigten, wenn er früher Kenntnis hat als der von ihm vertretene Pflichtteilsberechtigte (streitig)[9].

---

1 BGH v. 5.7.2000 – IV ZR 180/99, ZEV 2000, 401 (Irrtum über Wirksamkeit eines Vermächtnisses); Staudinger/*Haas*, § 2306 BGB Rz. 63.

2 BGH v. 26.9.1990 – IV ZR 131/89, NJW 1991, 169 (es gilt § 1944 BGB); *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 30.

3 OLG Stuttgart v. 29.1.2009 – 19 U 150/08, EE 2009, 64; *Gottwald*, ZEV 2006, 293 (294); Staudinger/*Haas*, § 2306 BGB Rz. 64.

4 BayObLG v. 29.10.1997 – 1 Z BR 62/97, FamRZ 1998, 642; OLG Hamm v. 18.3.2004 – 15 W 38/04, OLGReport 2004, 244; Palandt/*Edenhofer*, § 2306 BGB Rz. 10; *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 30.

5 *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 30; Soergel/*Dieckmann*, § 2306 BGB Rz. 22.

6 OLG Zweibrücken v. 3.8.2006 – 4 U 114/05, ZEV 2007, 97 (§ 2316 BGB) mit kritischer Anm. *Schindler*, ZEV 2007, 484 (Erbteil von ½ war von Anfang an auch ohne Kenntnis der genauen Werte größer als Ausgleichspflichtteil von ¼, so dass die Frist nicht hinausgeschoben sei); BayObLG v. 6.3.1959 – BReg. 1 Z 184/58, NJW 1959, 1734; Staudinger/*Haas*, § 2306 BGB Rz. 64; *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 30.

7 Palandt/*Edenhofer*, § 2306 BGB Rz. 10 mit Hinweis auf BayObLG v. 6.3.1959 – BReg. 1 Z 184/58, NJW 1959, 1734; a.A. zurecht Staudinger/*Haas*, § 2306 BGB Rz. 64; MüKo/*Lange*, § 2306 BGB Rz. 21.

8 *Keim*, ZEV 2003, 358 (360); a.A. *U. Mayer*, DNotZ 1996 422 (427 bei Vermächtnis).

9 KG v. 16.3.2004 – 1 W 458/01, OLGReport 2004, 362 (§ 1954 BGB); Palandt/*Edenhofer*, § 1944 BGB Rz. 6; zum offen gelassenen Meinungsstreit OLG München v. 28.8.2006 – 31 Wx 045/06, OLGReport 2007, 13 (§ 1944 Abs. 2 BGB).

– Der **Nacherbe** hat schon **vor** Beginn der Ausschlagungsfrist nach § 2139 BGB auszuschlagen, wenn er die Verjährung des Pflichtteils vermeiden will, § 2332 Abs. 3 BGB[1] (**Haftungsfalle**).

– Der Gegner hat zu **beweisen**, dass das Ausschlagungsrecht durch Fristlauf weggefallen ist[2].

e) Übersicht für Erbfälle bis 31.12.2009

169

Belasteter Erbteil entspricht Pflichtteil oder ist geringer, § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. Nacherbteil entspricht Pflichtteil oder ist geringer, § 2306 Abs. 2 BGB a.F.	Belasteter Erbteil ist größer als Pflichtteil, § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. Nacherbteil ist größer als Pflichtteil, § 2306 Abs. 2 BGB a.F.
Maßstab für „größer" Regel: Quote (ggf. erhöhte, § 1371 Abs. 1 BGB) Ausnahme: Bei § 2315, § 2316 BGB und Vorausvermächtnissen ist der Wert maßgeblich.	
1. **Wegfall** der auf dem Erbteil ruhenden Belastungen Nacherbschaft Testamentsvollstreckung Vermächtnis Auflage Teilungsanordnung Pflichtteilsberechtigter wird statt Nacherbe Vollerbe	**Wahlzwang in Sechswochenfrist:** 1. **Ausschlagung** des Erbteils Pflichtteil Ausgeschlagener Erbteil fällt neuem Erben zu (Ersatzerbfolge oder Anwachsung oder gesetzliche Erbfolge)
2. **Pflichtteilsrestanspruch**, § 2305 BGB a.F.	2. **Keine Ausschlagung**
3. **Ausschlagung** führt zum Verlust des Pflichtteils unbeschadet §§ 2305, 1371 Abs. 2 BGB.	Kein Pflichtteil, sondern belasteter Erbe
4. Ggf. Pflichtteilsergänzung, §§ 2325 ff. BGB	Kein Pflichtteilsrestanspruch aus § 2305 BGB a.F. 3. Ggf. Pflichtteilsergänzung, §§ 2325 ff. BGB

2. Pflichtteilszusatzanspruch des unzureichend bedachten Erben, § 2305 BGB

➲ **Beratungssituation:** Mandantin ist nach dem Tod ihrer Mutter Erbin zu 1/6, ihre Schwester zu 5/6. Nachlasswert: 500000 Euro. Besteht ein Zusatzpflichtteilsanspruch gegen ihre Schwester?

1 *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 30.
2 BGH v. 5.7.2000 – IV ZR 180/99, ZEV 2001, 401.

Das Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts[1] *hat § 2305 BGB für Erbfälle ab 1.1.2010 zulasten des Pflichtteilsberechtigten modifiziert. Bei der Berechnung des Zusatzpflichtteils bleiben die Beschränkungen und Belastungen nach § 2306 BGB außer Betracht, so dass der Pflichtteilsberechtigte weniger erhält als bisher. Diese Bestimmung ist eine Konsequenz des neuen Wahlrechts in § 2306 Abs. 1 BGB. Zwischen § 2305 BGB und § 2307 BGB besteht nun ein Gleichlauf. Für Erbfälle bis 31.12.2009 verbleibt es bei der Anwendung von § 2305 BGB a.F. Zur Synopse s. Rz. 2a.* 170

Der sog. **Zusatz- oder Restpflichtteil** sicherte dem Pflichtteilsberechtigten den vollen Wert des Pflichtteils, wenn ihm ein unzureichender Erbteil hinterlassen ist, der unter seinem Pflichtteil liegt[2], § 2305 BGB a.F. Dieser Schutz ist für Erbfälle ab 1.1.2010 eingeschränkt, wenn der unzureichende Erbfall gem. § 2306 BGB belastet ist. Dann hat der Pflichtteilsberechtigte nach § 2306 Abs. 1 BGB auszuschlagen, wenn er vermeiden will, dass sein belasteter Erbteil unter den Pflichtteil sinkt[3]. Der Geldanspruch aus § 2305 BGB besteht in Höhe der Wertdifferenz zwischen dem Erbteil (ohne Abzug für die Belastung gem. § 2306 BGB) und dem ordentlichen Pflichtteil[4]. Ein zusätzlich zugewendetes und angenommenes Vermächtnis ist dem Wert des Erbteils hinzuzurechnen[5]. Etwaige Anrechnungs- oder Ausgleichspflichten nach §§ 2315 oder 2316 BGB[6] erhöhen oder schmälern den Anspruch auf den Fehlbetrag. Bei Zugewinngemeinschaftsehe ist für den überlebenden Ehegatten der nach § 1371 Abs. 1 BGB um ¼ erhöhte Erbteil maßgeblich, analog bei Lebenspartnern gemäß § 6 LPartG. Wenn der überlebende Ehegatte Ansprüche nach § 2305 BGB stellt, verliert er einen etwaigen Anspruch auf rechnerischen Zugewinnausgleich[7]. Der Zusatzpflichtteil ist als Nachlassverbindlichkeit bei der Erbauseinandersetzung geltend zu machen, § 2046 BGB[8]. Schuldner sind die übrigen Miterben nach § 2058 BGB[9]. Sie haften beschränkt, §§ 2059 bis 2063 Abs. 2 BGB.

➲ **Beratungshinweis:** Durch **Ausschlagung** des Erbteils außerhalb von §§ 2306 Abs. 1, 1371 Abs. 3 BGB verliert der Pflichtteilsberechtigte den Anspruch auf den vollen Pflichtteil. Ihm verbleibt nur ein etwaiger Anspruch auf den Zusatzpflichtteil[10].

---

1 BT-Drs. 16/8954 v. 24.4.2008, S. 19 zu Nr. 21 (§ 2305 BGB): BGBl. ■.
2 BGH v. 1.10.1958 – V ZR 53/58, NJW 1958, 1964; OLG Celle v. 10.10.2002 – 22 U 79/01, OLGReport 2003, 87.
3 Beispielsfall bei *Brüggemann*, ErbBstg 2008, 271 (273).
4 BGH v. 1.10.1958 – V ZR 53/58, NJW 1958, 1964; Palandt/*Edenhofer*, § 2305 BGB Rz. 4.
5 Palandt/*Edenhofer*, § 2305 BGB Rz. 2.
6 Soergel/*Dieckmann*, § 2305 BGB Rz. 2; Palandt/*Edenhofer*, § 2305 BGB Rz. 3.
7 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 2 Rz. 106).
8 Palandt/*Edenhofer*, § 2305 BGB Rz. 1; Staudinger/*Haas*, § 2305 BGB Rz. 13a.
9 Staudinger/*Haas*, § 2305 BGB Rz. 13a.
10 BGH v. 1.10.1958 – V ZR 53/58, NJW 1958, 1964; BGH v. 21.3.1973 – IV ZR 157/71, NJW 1973, 995.

171 **Berechnung:**

1. § 2305 BGB = Nachlass × Differenzquote zwischen Pflichtteils- und Erbquote
2. § 2305 BGB = Nachlass × Pflichtteilsquote minus Hinterlassenem (ohne Abzug der Belastungen nach § 2306 BGB)

Zur **Beratungssituation**:

Weg 1. Berechnung nach Quotentheorie: Die Differenz zwischen der Pflichtteilsquote von ¼ und der Erbquote von ⅙ ist 1/12. Der Zusatzpflichtteil beträgt 500 000 Euro × 1/12 = 41 666,66 Euro. Als Enterbte hätte Mandantin ebenfalls 125 000 Euro erhalten: 500 000 Euro × ¼.

Weg 2. Berechnung nach Werttheorie: Wert des Pflichtteils von 125 000 Euro – Wert des Erbteils von 83 333,33 Euro (500 000 Euro × ⅙) = 41 666,66 Euro.

3. Pflichtteilsanspruch des Vermächtnisnehmers, § 2307 BGB

➲ **Beratungssituation:** Mandant wurde von seinem Vater enterbt. Erben nach dem Tod seines Vaters sind seine Mutter (gesetzlicher Güterstand) und seine beiden Brüder. Mandant wurde ein Oldtimer im Wert von 50 000 Euro vermacht. Nachlasswert 1 000 000 Euro. Seine beiden Brüder haben ihm ohne Billigung seiner Mutter eine Frist zur Annahme des Vermächtnisses gesetzt, die abgelaufen ist. Mandant würde das Vermächtnis gerne annehmen, da er nun einen Käufer für den Oldtimer gefunden hat, der 70 000 Euro zahlt. Rechtslage?

172 § 2307 BGB will verhindern, dass der Erblasser dem Pflichtteilsberechtigten ein **Vermächtnis anstelle** seines **Pflichtteils** aufdrängt[1]. Der Pflichtteilsberechtigte hat nach § 2307 BGB ein **Wahlrecht**:

- Der Pflichtteilsberechtigte muss das Vermächtnis **ausschlagen**, um den **vollen Pflichtteil** zu erhalten. Bei Zugewinngemeinschaftsehe kann der überlebende Ehegatte dann nur den sog. kleinen Pflichtteil und den rechnerischen Zugewinn verlangen[2], analog für den Lebenspartner gemäß § 6 LPartG. Der Sozialhilfeträger kann dieses Ausschlagungsrecht u.U. überleiten, s. Rz. 4. Die Pflichtteilslast bestimmt sich nach § 2321 BGB, s. Rz. 287.
- Der Pflichtteilsberechtigte kann das Vermächtnis **annehmen**. Überdies hat er Anspruch auf den Restpflichtteil in Höhe der Differenz zwischen dem Wert des Vermächtnisses und seinem Pflichtteil, § 2307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Maßgeblich ist der Wert des Vermächtnisses im Zeitpunkt des Erbfalls nach §§ 2311 f. BGB[3]. Beschränkungen und Beschwerungen gem. § 2306

1 BGH v. 1.10.1958 – V ZR 5358, NJW 1958, 1963; BGH v. 30.4.1981 – IVa ZR 128/80, NJW 1981, 1837; Palandt/*Edenhofer*, § 2307 BGB Rz. 1.
2 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 2 Rz. 117.
3 Staudinger/*Haas*, § 2307 BGB Rz. 18 (nur bei Vermächtnisannahme gilt ein vom Erblasser abweichend testierter Wert).

BGB bleiben bei der Bewertung des Vermächtnisses unberücksichtigt, § 2307 Abs. 1 S. 2, 2. Halbs. BGB. Bei Zugewinngemeinschaftsehe kann der überlebende Ehegatte den Wertunterschied zum großen Pflichtteil verlangen, analog für den Lebenspartner gemäß § 6 LPartG. Etwaige Anrechnungs- oder Ausgleichspflichten nach §§ 2315, 2316 BGB erhöhen oder schmälern den Anspruch auf den Fehlbetrag[1]. Die Meinung[2], die in der vorbehaltlosen Forderung des Vermächtnisses „*oft*" den konkludenten Verzicht auf den Restanspruch sieht, ist abzulehnen. Die Pflichtteilslast bestimmt sich nach § 2320 BGB, s. Rz. 287.

➲ **Beratungshinweis:** Der Erblasser kann in einer letztwilligen Verfügung ein Vermächtnis auch anstelle des Pflichtteils zuwenden (**Beispiel:** *Mein Sohn erhält meine Eigentumswohnung in … nebst Stellplatz vermächtnisweise anstelle seines Pflichtteils)*. Nimmt der Pflichtteilsberechtigte dieses Vermächtnis an, hat er keinen Restpflichtteil[3]. Das gleiche Ergebnis kann der Erblasser erzielen, wenn er das Vermächtnis unter der aufschiebenden Bedingung, dass der Pflichtteilsberechtigte auf den Pflichtteil verzichtet bzw. unter der auflösenden Bedingung testiert, dass das Vermächtnis bei Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen ersatzlos entfällt[4].

Die **Annahme** des Vermächtnisses kann stillschweigend erfolgen[5]. Die Annahme unter „Vorbehalt aller Rechte aus dem Pflichtteil" ist unwirksam[6]. Ein angenommenes Vermächtnis kann nicht ausgeschlagen werden[7]. **Ausgeschlagen** wird das Vermächtnis durch bedingungsfeindliche formlose ausdrückliche oder konkludente Erklärung gegenüber dem Beschwerten, § 2180 Abs. 2 BGB[8]. Dies kann auch vor dem Anfall des Vermächtnisses[9] erfolgen. Eine Teilausschlagung ist unzulässig[10]. Eltern benötigen für die Ausschlagung die Genehmigung des Familiengerichts, § 1643 Abs. 2 Satz 1 BGB[11]. Im Verlangen des vollen Pflichtteils kann eine konkludent erklärte Ausschlagung 173

1 BGH v. 9.12.1992 – IV ZR 82/92, NJW 1993, 1197; Staudinger/*Haas*, § 2307 BGB Rz. 18.
2 Palandt/*Edenhofer*, § 2307 BGB Rz. 1.
3 Staudinger/*Haas*, § 2307 BGB Rz. 21; BayObLG v. 8.12.2003 – 1 Z BR 107/02, BayObLGR 2004, 176.
4 Staudinger/*Haas*, § 2307 BGB Rz. 22 (einschließlich Pflichtteilsergänzungsansprüche); BayObLG v. 8.12.2003 – 1 Z BR 107/02, BayObLGR 2004, 176; Palandt/*Edenhofer*, § 2307 BGB Rz. 2; a.A. Soergel/*Loritz*, § 2075 Rz. 17 (Beeinträchtigung der Wahlfreiheit).
5 BGH v. 8.10.1997 – IV ZR 328/96, ZEV 1998, 24; OLG Stuttgart v. 31.10.1996 – 19 U 89/96, ZEV 1998, 24.
6 Staudinger/*Haas*, § 2307 BGB Rz. 15.
7 Es ist nur noch eine Anfechtung möglich.
8 BGH v. 18.10.2000 – IV ZR 99/99, BGHReport 2001, 19; OLG Köln v. 5.12.2005 – 2 U 103/05, FamRZ 2007, 169.
9 BGH v. 18.10.2000 – IV ZR 99/99, BGHReport 2001, 19 (Nachvermächtnis).
10 Staudinger/*Haas*, § 2307 BGB Rz. 11 (Ausschlagung ist nicht teilbar).
11 OLG Köln v. 5.12.2005 – 2 U 103/05, FamRZ 2007, 169.

liegen. Die Umstände des Einzelfalls entscheiden[1]. Ist zweifelhaft, ob das Vermächtnis konkludent ausgeschlagen wurde, sollte die für den Pflichtteilsberechtigten günstigere Lösung gelten[2]. Der Pflichtteil verjährt schon vor der Ausschlagung, § 2332 Abs. 3 BGB a.F. bzw. § 2332 Abs. 2 BGB (ab 1.1.2010) (**Haftungsfalle**).

174 § 2307 BGB gilt nach zutreffender überwiegender Ansicht auch für **aufschiebend bedingte oder befristete Vermächtnisse**[3]. Der Pflichtteilsberechtigte erhält daher nur den vollen Pflichtteil, wenn er das bedingte Vermächtnis ausschlägt. Nimmt er das Vermächtnis an, ist es vollständig ohne Rücksicht auf den späteren ungewissen Eintritt der Bedingung auf den Pflichtteil anzurechnen[4]. Damit wird eine unpraktikable und verzögerte Nachlassregulierung vermieden (Rechtssicherheit). Dies ist dem Pflichtteilsberechtigten gegenüber nicht unbillig. Nach **a.A.**[5] darf der Pflichtteilsberechtigte zunächst den vollen Pflichtteil ohne Vermächtnisausschlagung fordern. Bei einem späteren Eintritt der Bedingung soll der Pflichtteil aber auf das Vermächtnis angerechnet werden. Der BGH[6] hat diese Streitfrage offen gelassen. Im Fall eines Nachvermächtnisses nach § 2191 BGB gelten Besonderheiten[7]. § 2307 BGB gilt **nicht** für bloße Ersatzvermächtnisse. Erhält der Pflichtteilsberechtigte im Ersatzfall das Vermächtnis, hat er sich hierauf den Pflichtteil anrechnen zu lassen[8]. § 2307 BGB greift seinem Schutzzweck nach nicht, wenn dem Pflichtteilsberechtigten das Vermächtnis nicht anstelle, sondern neben dem Pflichtteil zugewendet ist[9]. § 2307 BGB bleibt anwendbar, wenn der Vermächtnisnehmer **zugleich Erbe** ist[10].

Beispiel[11]**:**

Sind dem Erben ein Vorausvermächtnis und quotal sein gesetzlicher Erbteil hinterlassen, muss er beides ausschlagen[12], um den vollen Pflichtteil zu ver-

1 OLG Köln v. 5.12.2005 – 2 U 103/05, FamRZ 2007, 169; Soergel/*Dieckmann*, § 2307 BGB Rz. 6; Staudinger/*Haas*, § 2307 BGB Rz. 12.
2 Staudinger/*Haas*, § 2307 BGB Rz. 12.
3 OLG Oldenburg v. 13.11.1990 – 5 U 76/90, NJW 1991, 988, Staudinger/*Haas*, § 2307 BGB Rz. 6; Palandt/*Edenhofer*, § 2307 BGB Rz. 2; Soergel/*Dieckmann*, § 2307 BGB Rz. 2; *Lange/Kuchinke*, § 37 V 6c; ausführlich *Pentz*, MDR 1998, 751 ff.
4 OLG Oldenburg v. 13.11.1990 – 5 U 76/90, NJW 1991, 988, Staudinger/*Haas*, § 2307 BGB Rz. 6; Soergel/*Dieckmann*, § 2307 BGB Rz. 2.
5 MüKo/*Lange*, § 2307 BGB Rz. 6; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 2 Rz. 126; *Strecker*, ZEV 1996, 327 (330).
6 BGH v. 18.10.2000 – IV ZR 99/99, BGHReport 2001, 19.
7 BGH v. 18.10.2000 – IV ZR 99/99, BGHReport 2001, 19.
8 Staudinger/*Haas*, § 2307 BGB Rz. 7.
9 Soergel/*Dieckmann*, § 2307 BGB Rz. 3; MüKo/*Lange*, § 2307 BGB Rz. 3; Palandt/*Edenhofer*, § 2307 BGB Rz. 1.
10 Soergel/*Dieckmann*, § 2307 BGB Rz. 14; J. Mayer in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 2 Rz. 134 ff.
11 Ausführliche Übersicht Staudinger/*Haas*, § 2307 BGB Rz. 28 ff.; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 2 Rz. 134 ff.
12 OLG Düsseldorf v. 15.9.1995 – 7 U 282/92, ZEV 1996, 72.

langen. *Das gilt auch für Erbfälle ab 1.1.2010 (Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts*[1]*).*

Für Vermächtnisse gibt es keine Ausschlagungsfrist. Der beschwerte Erbe kann[2] dem pflichtteilsberechtigten Vermächtnisnehmer aber eine angemessene **Erklärungsfrist** setzen, § 2307 Abs. 2 BGB. Ohne fristgerechte Erklärung gilt das Vermächtnis als ausgeschlagen, § 2307 Abs. 2 Satz 2 BGB. Mehrere beschwerte Miterben müssen die Fristsetzung gemeinschaftlich ausüben[3]. Ausreichend ist auch die nachträgliche Billigung einer bereits ausgesprochenen Frist durch einen Miterben, § 180 Satz 2 BGB analog[4]. Unangemessen ist die Frist, wenn sie vor Erfüllung der Auskunft nach § 2314 BGB[5] oder vor der Inventarfrist[6] abläuft. Bei minderjährigen Pflichtteilsberechtigten sollte die Frist nicht von einer Genehmigung des Familiengerichts nach § 1643 BGB abhängen[7]. Die Fristsetzung hat eindeutig zu sein[8]. 175

Formulierungsvorschlag

Die Erben fordern Sie hiermit nach erfolgter Auskunftserteilung über den Nachlass gemäß § 2314 BGB auf, bis spätestens zum … (Posteingang) zu erklären, ob Sie das Vermächtnis annehmen. Mit dem Ablauf der Frist gilt das Vermächtnis als ausgeschlagen, wenn nicht vorher die Annahme erklärt wird, § 2307 Abs. 2 Satz 2 BGB.

Zur **Beratungssituation**: Mandant kann das Vermächtnis noch annehmen. Die nur von zwei Erben gesetzte Frist ist wirkungslos, § 2307 Abs. 2 BGB. Überdies besteht ein Pflichtteilsrestanspruch: Pflichtteilsquote von 1/12 × Nachlass 1 000 000 Euro = 83 333,33 Euro – Vermächtniswert 50 000 Euro = 33 333,33 Euro.

4. Taktische Ausschlagung des Ehegatten, § 1371 Abs. 3 BGB?

➲ **Beratungssituation:** Mandantin hat mit ihrem verstorbenen Mann zwei Kinder. Sie war im gesetzlichen Güterstand verheiratet. Sie fragt, ob sie taktisch ausschlagen soll:

1 BT-Drs. 16/8954 v. 24.4.2008; BGBl. ■.
2 Eine Pflicht besteht (§ 2313 Abs. 2 Satz 2 BGB analog), wenn Ansprüche anderer Pflichtteilsberechtigter von der Wahl beeinflusst werden, § 1371 Abs. 2, 3 BGB.
3 OLG München v. 9.2.1987 – 17 U 4133/86, FamRZ 1987, 752.
4 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 2 Rz. 131; Soergel/*Dieckmann*, § 2307 BGB Rz. 13; Staudinger/*Haas*, § 2307 BGB Rz. 25.
5 Soergel/*Dieckmann*, § 2307 BGB Rz. 12; Staudinger/*Haas*, § 2307 BGB Rz. 26.
6 *Gottwald*, ZEV 2006, 347 (350 m.w.N.); Staudinger/*Haas*, § 2307 BGB Rz. 26.
7 Offen gelassen OLG Köln v. 5.12.2005 – 2 U 103/05, FamRZ 2007, 169.
8 OLG Köln v. 5.12.2005 – 2 U 103/05, FamRZ 2007, 169.

Fall 1: Erblasser hat kein Testament und ein Vermögen von 1 Mio. Euro hinterlassen (ausschließlich Zugewinn).

Fall 2: wie vor, aber Zugewinn von nur 500 000 Euro.

176 In der Zugewinngemeinschaftsehe hat der überlebende Ehegatte das Recht zur **taktischen Ausschlagung**[1], § 1371 Abs. 3 BGB. Er kann einen Erbteil oder ein Vermächtnis stets ausschlagen, um den kleinen Pflichtteil und einen konkreten Zugewinnausgleich zu erhalten. Die Ausschlagung ist nur sinnvoll, wenn der Wert des Vermächtnisses oder des Erbteils geringer ist als der Wert des Zugewinnausgleichsanspruchs und des kleinen Pflichtteils. Dafür muss der Nachlass im Wesentlichen aus Zugewinn bestehen. *Nieder*[2] hat folgende Formel erstellt: Neben Verwandten 1. Ordnung muss der Anteil des Zugewinns mindestens 85,71 % bzw. 6/7 betragen. Neben Verwandten 2. Ordnung ist eine güterrechtliche Lösung stets nachteilig. Die richtige Wahl setzt die Wertfeststellung von Nachlass, Erbteil oder Vermächtnis und Zugewinnausgleichsanspruch voraus. Eine Anrechnung gemäß § 1380 Abs. 1 Satz 2 BGB darf ebenso wenig übersehen werden[3]. Der überlebende Ehegatte sollte den Zugewinn wählen, wenn er einen Erb- oder Pflichtteilsverzicht abgegeben oder er wegen einer anhängigen Ehescheidung nach § 1933 BGB keinen Pflichtteil hat[4]. Dasselbe gilt bei drohender Nachlassüberschuldung, da § 327 Abs. 1 Nr. 1, 2 InsO für den Zugewinn nicht anwendbar ist[5]. Der **Zeitdruck**, eine etwaige Erbschaft nach § 1944 BGB innerhalb von sechs Wochen auszuschlagen, zwingt bei unklarem Nachlass oft zu einer unwägbaren Prognose. War der Ehegatte bei seiner Wahl im Irrtum über Wertverhältnisse oder über die Rechtsfolge, soll eine Anfechtung nach § 119 BGB i.d.R. ausscheiden[6]. Bei einem erheblichen Rechtsirrtum über das Wahlrecht ist indes ein Anfechtungsgrund zuzulassen, was der BGH für § 2306 BGB a.F. bestätigt hat[7].

➲ **Beratungshinweis:** Im Zweifel sollte keine Ausschlagung erfolgen.

Das Recht zur taktischen Ausschlagung hat auch der überlebende **Lebenspartner nach § 6 LPartG**.

Zur **Beratungssituation**: **Fall 1:** Die Ausschlagung der Erbschaft bringt einen Vorteil. Anspruch als Erbin: Erbquote von ½ × Nachlass 1 Mio. Euro = 500 000 Euro. Anspruch bei Ausschlagung insgesamt 562 500 Euro: Zugewinn von 1 Mio. Euro : 2 = 500 000 Euro. Hinzu kommt der kleine Pflichtteil nach § 1371 Abs. 3 BGB von ⅛ vom um den Zugewinnausgleich geminderten Nachlass[8]: 1 Mio. Euro – 500 000 Euro = 500 000 Euro : 8 = 62 500 Euro. **Fall 2:**

1 Zum großen und kleinen Pflichtteil nach § 1371 BGB s. Rz. 18 ff.
2 *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 43.
3 *Bonefeld*, ZErb2002, 154 und 189. Zu „überhöhten Zuwendungen" bei § 1380 BGB, OLG Frankfurt v. 16.11.2005 – 6 UF 71/05, NJW 2006, 520.
4 *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 43.
5 Staudinger/*Haas*, § 2303 BGB Rz. 109.
6 Staudinger/*Haas*, § 2303 BGB Rz. 113.
7 BGH v. 5.7.2006 – IV ZB 39/05, NJW 2006, 3353.
8 BGH v. 18.11.1982 – IX ZR 91/81, NJW 1983, 388.

Hier bringt die Erbschaft mehr. Anspruch als Erbin: 500000. Anspruch bei Ausschlagung: Zugewinn von 500000 : 2 = 250000 Euro. Hinzu kommt der Wert vom kleinen Pflichtteil von ⅛: 1 Mio. Euro – 250000 Euro = 750000 Euro : 8 = 93750 Euro. Insgesamt nur 343750 Euro.

5. Anfechtung

Das Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts[1] *hat § 2306 Abs. 1 BGB für Erbfälle ab 1.1.2010 stark vereinfacht. Dies wird die Gefahr von Fehlvorstellungen und Anfechtungen minimieren. Für Erbfälle bis 31.12.2009 bleibt es bei der alten Rechtslage. Zur Synopse s. Rz. 2a.* 177

Es ist zu unterscheiden, s. Kapitel C II Rz. 154 ff.:

– § 2308 BGB regelt die **Anfechtung der Ausschlagung** der belasteten Erbschaft (§ 2306 BGB) oder des belasteten Vermächtnisses (§ 2307 BGB). Die Norm will helfen, dass der Pflichtteilsberechtigte sich mindestens den Pflichtteil sichern kann[2]. Erforderlich ist, dass die Ausschlagung auf der Fehlvorstellung vermeintlicher Belastungen beruht[3]. Das liegt auch vor, wenn der Pflichtteilsberechtigte nach Ausschlagung die Belastung selbst erfolgreich mit Rückwirkung anficht[4]. Für Erbfälle bis 31.12.2009 (§ 2306 BGB a.F.): § 2308 BGB greift nicht, wenn objektiv ein Fall von § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. gegeben ist. Dann ist aber eine Anfechtung nach § 119 BGB möglich, s. Kapitel C II Rz. 105. Die Ausschlagung der Erbschaft in der irrigen Erwartung, dadurch den vollen Pflichtteil – nicht nur denjenigen nach § 2305 BGB a.F. – zu erlangen, ist nach § 119 BGB anfechtbar (beachtlicher Rechtsfolgenirrtum)[5]. Auch nach der Vereinfachung von § 2306 BGB für Erbfälle ab 1.1.2010 sind Fehlvorstellungen denkbar, so dass auch insoweit ein Anfechtungsrecht bestehen kann[6].

– Die **Anfechtung der Erbschaftsannahme** richtet sich nach § 119 BGB[7]. Der Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft nach §§ 119 Abs. 2 BGB

1 BT-Drs. 16/8954 v. 24.4.2008, S. 19 zu Nr. 22 (§ 2306 Abs. 1 BGB); BGBl. ■.
2 BGH v. 26.9.1990 – IV ZR 131/89, NJW 1991, 169; skeptisch Staudinger/*Haas*, § 2308 BGB Rz. 2.
3 Was beim Anfechtungsrecht stets gefordert ist, Staudinger/*Haas*, § 2308 BGB Rz. 8; Soergel/*Dieckmann*, § 2308 BGB Rz. 5.
4 BGH v. 26.9.1990 – IV ZR 131/89, NJW 1991, 169; a.A. *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 20.
5 Ableitbar aus der ratio decidendi des BGH v. 5.7.2006 – IV ZB 39/05, NJW 2006, 3353 (Anfechtung Erbschaftsannahme); OLG Hamm v. 16.7.1981 – 15 W 42/81, MDR 1981, 1017; LG München v. 17.12.1003 – 16 T 3825/03, FamRZ 2004, 1326 mit zust. Anm. *Bestelmeyer*; *Staudinger/Haas*, § 2308 BGB Rz. 9; *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 19; a.A. noch MüKo/*Lange*, § 2306 Rz. 14; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 2 Rz. 74; Soergel/*Dieckmann*, § 2305 BGB Rz. 3.
6 *Keim*, NJW 2008, 2072 (2074) und ZEV 2008, 161 (163); *Muscheler*, ZEV 2008, 105 (107); a.A. *Bonefeld*, ZErb 2007, 292 (293: der Pflichtteilsberechtigte kann nicht länger einen Irrtum behaupten, er verliere den Pflichtteil, wenn er ausschlägt, bzw. er den Pflichtteil behalte, wenn er nicht ausschlägt).
7 BGH v. 5.7.2006 – IV ZB 39/05, NJW 2006, 3353; OLG Stuttgart v. 29.1.2009 – 19 U 150/08, EE 2009, 64; Staudinger/*Haas*, § 2308 BGB Rz. 13.

kommt insbesondere in Betracht, wenn der die Erbschaft Annehmende zum Zeitpunkt der Annahme die Beschränkungen und Beschwerungen des Nachlasses nicht kannte[1]. Das gilt auch, wenn der Irrtum auf irriger Rechtsansicht infolge falscher Testamentsauslegung beruht[2]. Die Anfechtung hat bei einem bloßen Motivirrtum keine Erfolgsaussicht, z.B. bei einem Irrtum über den Wert vorhandener bekannter Nachlassgegenstände[3]. Ein beachtlicher Inhaltsirrtum nach § 119 Abs. 1 BGB liegt entgegen früherer h.M. auch in der Fehlvorstellung eines mit Vermächtnissen belasteten Alleinerben, er dürfe die Erbschaft nicht ausschlagen, um seinen Pflichtteil nicht zu verlieren[4]. Die neue Rspr. mindert zwar das Risiko von Fehlentscheidungen. Dennoch führt die Anfechtung nicht zu der gerade im Erbrecht gebotenen schnellen Rechtsklarheit und Rechtssicherheit[5].

– **Form** und **Frist** der Anfechtung richten sich nach §§ 1954, 1955, 1945 BGB[6]. Nur beim Vermächtnis erfolgt die Anfechtung formfrei gegenüber dem Beschwerten, § 2308 Abs. 2 Satz 2 BGB. Die Anfechtungsfrist nach § 1954 Abs. 2 BGB beginnt spiegelbildlich zur Ausschlagungsfrist nach § 2306 Abs. 1 BGB[7]. Auch der auf einem Beratungsfehler beruhende Irrtum nach § 119 BGB ist beachtlich[8]. Maßgeblich ist die Kenntnis des Bevollmächtigten, wenn er früher Kenntnis hat als der von ihm vertretene Pflichtteilsberechtigte[9]. Auch nach der Reform von § 2306 BGB für Erbfälle ab 1.1.2010 kann ein Anfechtungsrecht bestehen[10].

---

1 OLG Hamm v. 18.3.2004 – 15 W 38/04, OLGReport 2004, 244; Staudinger/*Haas*, § 2308 BGB Rz. 14; *Keim*, ZEV 2003, 358 (356). Übersicht über erhebliche Irrtümer: Kapitel C II Rz. 107.

2 *Keim*, ZEV 2003, 358 (360).

3 OLG Stuttgart v. 29.1.2009 – 19 U 150/08, EE 2009, 64.

4 BGH v. 5.7.2006 – IV ZB 39/05, NJW 2006, 3353; OLG Hamm v. 20.9.2005 – 15 W 188/05, ZEV 2006, 168; Palandt/*Edenhofer*, § 1954 BGB Rz. 4; Staudinger/*Haas*, § 2308 BGB Rz. 15; *Leipold*, ZEV 2006, 500 f.; *Haas/Jeschke*, ZEV 2006, 172 f.; *Muscheler*, BGHReport 2006, 1423; OLG Düsseldorf v. 18.9.2000 – 3 Wx 229/00, ZEV 2001, 109; *Keim*, ZEV 2003, 358 (360); Erman/*Schlüter*, § 2306 BGB Rz. 4; a.A. noch BayObLG v. 16.3.1995 – 1 Z BR 82/94, BayObLGR 1995, 67 und die Vorauflage.

5 BT.-Drs. 16/8954 v. 24.4.2008, S. 20 zu Nr. 22 (§ 2306 BGB).

6 BGH v. 5.7.2006 – IV ZB 39/05, NJW 2006, 3353; OLG Stuttgart v. 29.1.2009 – 19 U 150/08, EE 2009, 64; Staudinger/*Haas*, § 2308 BGB Rz. 10.

7 OLG Hamm v. 18.3.2004 – 15 W 38/04, OLGReport 2004, 244; Staudinger/*Haas*, § 2308 BGB Rz. 16.

8 OLG Düsseldorf v. 18.9.2000 – 3 Wx 229/00, ZEV 2001, 109.

9 Die Kenntnis des Bevollmächtigten setzt die Frist aber nur in Lauf, wenn sich die Vollmacht auf die Regelung der Erbschaft erstreckt: KG v. 16.3.2004 – 1 W 458/01, OLGReport 2004, 362 (§ 1954 BGB); Palandt/*Edenhofer*, § 1954 BGB Rz. 7 (anders in § 1944 BGB Rz. 6); Erman/*Schlüter*, § 1944 BGB Rz. 6; offen gelassen OLG München v. 28.8.2006 – 31 Wx 045/06, OLGReport 2007, 13 (§ 1944 Abs. 2 BGB).

10 *Keim*, NJW 2008, 2072 (2074) und ZEV 2008, 161 (163); *Muscheler*, ZEV 2008, 105 (107); a.A. *Bonefeld*, ZErb 2007, 292 (293: der Pflichtteilsberechtigte kann nicht länger einen Irrtum behaupten, er verliere den Pflichtteil, wenn er ausschlägt, bzw. er den Pflichtteil behalte, wenn er nicht ausschlägt).

V. Pflichtteil bei Anrechnung und Ausgleichung von lebzeitigen Zuwendungen

1. Unterschiede zwischen Anrechnungs- und Ausgleichspflichtteil, §§ 2315, 2316 BGB

178 Die Anrechnung auf den Pflichtteil unterscheidet sich wesentlich von der Pflichtteilsausgleichung. **Übersicht:**

Anrechnungspflichtteil, § 2315 BGB	**Ausgleichspflichtteil, § 2316 BGB**
1. Die Anrechnung reduziert die Pflichtteilslast des Erben.	1. Die Ausgleichung reduziert die Pflichtteilslast nicht.
2. Die Anrechnung hat nur Wirkung auf den Pflichtteil des Betroffenen.	2. Die Ausgleichung wirkt unter mehreren Abkömmlingen. Der Pflichtteil des Ausgleichspflichtigen wird gemindert, derjenige der anderen Abkömmlinge erhöht (Umverteilung).
3. Die Anrechnung führt zu einer deutlich größeren Reduktion der Pflichtteilsansprüche als die Ausgleichung. Sie mindert den Pflichtteil fast[1] um den Wert der Zuwendung.	3. Die Ausgleichung führt zu einer geringeren Pflichtteilsreduktion. Der Vorempfang wird nicht vom Pflichtteil abgezogen. Dem Ausgleichspflichtigen verbleibt von vornherein die Hälfte des Vorempfangs[2].
4. Der Erblasser hat Gestaltungsfreiheit, ob und wie er eine Zuwendung anrechnet.	4. Der Erblasser hat beschränkte Gestaltungsfreiheit. Vorempfänge nach § 2050 Abs. 1, 2 BGB kann er nicht von der pflichtteilsrechtlichen Ausgleichung ausschließen. Freiheit hat er nur bei § 2050 Abs. 3 BGB.
5. Die Anrechnung hat keine Wirkung, wenn der Pflichtteilsberechtigte Erbe wird.	5. Die Ausgleichung kann auch auf das Erbe der Abkömmlinge einwirken, §§ 2050 ff. BGB.
6. Die Anrechnung ist wesentlich einfacher zu berechnen und rechtssicherer.	6. Die Ausgleichung ist bereits von der Subsumtion unter § 2050 BGB kompliziert, schwer zu bewerten und rechtsunsicher. Sie hängt vom Nachlass am Todestag ab[3]. Die Ausgleichung kann zum ungewollten und nach § 2316 Abs. 3 BGB nicht disponiblen Ergebnis führen, dass Zuwendungen jenseits der Zehnjahresfrist in § 2325 Abs. 3

1 Nicht voll, da die Zuwendung dem Nachlass zunächst hinzugerechnet wird, *J. Mayer*, ZErb 2007, 130 (131).
2 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 11 Rz. 31.
3 *J. Mayer*, ZErb 2007, 130 (131).

Anrechnungspflichtteil, § 2315 BGB	Ausgleichspflichtteil, § 2316 BGB
	BGB die Pflichtteile von Abkömmlingen erhöhen[1].
7. Die Anrechnung hat keine Nachteile und ist vorsorglich bei allen freigiebigen Zuwendungen anzuraten[2].	7. Die Ausgleichung hat viele Nachteile und ist zu vermeiden[3]. Vorsorglich ist bei allen freigiebigen Zuwendungen Schenkungsrecht zu wählen.

2. Der Anrechnungspflichtteil, § 2315 BGB

➲ **Beratungssituation:** Mandant wurde von seiner Mutter enterbt. Seine Mutter hat ihm 15 Jahre vor ihrem Tod ein Grundstück mit der Bestimmung geschenkt, dass er sich den Wert der Zuwendung (200 000 Euro) auf einen Pflichtteil anrechnen lassen muss. Sein einziger Bruder ist Alleinerbe. Nachlasswert: 500 000 Euro. Wie hoch ist der Pflichtteil?

179 *Das Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts*[4] *hat § 2315 Abs. 1 BGB nicht geändert. Die im Gesetzesentwurf*[5] *enthaltene Regelung, dass der Erblasser die Pflichtteilsanrechnung auch nach der freigiebigen Zuwendung an den Pflichtteilsberechtigten in einer letztwilligen Verfügung von Todes wegen anordnen kann, entfällt aus Gründen des Vertrauensschutzes.*

Die Anrechnung kürzt den Pflichtteil, nicht den Pflichtteilsergänzungsanspruch[6]. Die Einwendung ist von **Amts wegen** zu berücksichtigen[7]. Sie wirkt auch zulasten des nachrückenden Abkömmlings, der an die Stelle des weggefallenen Pflichtteilsberechtigten tritt, es sei denn, er beweist, dass der Erblasser die Anrechnungsanordnung nur für den Zuwendungsempfänger getroffen hat[8], §§ 2315 Abs. 3, 2051 Abs. 1 BGB. § 2315 BGB setzt – anders als § 2327 BGB – die Anrechnungsbestimmung des Erblassers voraus, dass die lebzeitige Zuwendung auf den (möglichen) Pflichtteil nach seinem Tode anzurechnen ist. Hierfür ist es nicht erforderlich, dass der Erbasser den Pflichtteilsberechtigten zum Zuwendungszeitpunkt bereits enterbt hat. Unerheblich ist auch, ob der Erblasser die Möglichkeit in Betracht gezogen hatte, den Zuwendungs-

1 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 115; *Langenfeld*, Testamentsgestaltung, § 3 Rz. 144.
2 *J. Mayer*, ZErb 2007, 130 (135).
3 *J. Mayer*, ZErb 2007, 130 (132); *Worm*, RNotZ 2003, 535 (537); *Schindler*, ZEV 2006, 389 (392); *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 224 (§ 2050 Abs. 1 und 2 BGB entsprechen nicht mehr der gesellschaftlichen Realität und sollten ersatzlos gestrichen werden).
4 BGBl. ■
5 BT-Drs. 16/8954 v. 24.4.2008, S. 20 zu Nr. 23 (§ 2315 Abs. 1 BGB).
6 Ist eine anrechnungspflichtige Zuwendung zugleich nach § 2327 BGB zu berücksichtigen, s. Rz. 261.
7 Staudinger/*Haas*, § 2315 BGB Rz. 59.
8 *Lange*, DNotZ 2007, 84 (85); MüKo/*Lange*, § 2315 BGB Rz. 16; Soergel/*Dieckmann*, § 2315 BGB Rz. 15.

empfänger auf den Pflichtteil zu setzen (streitig)[1]. Diese Einschränkung ist praxisfern[2] und weder dem Wortlaut noch dem Gesetzeszweck zu entnehmen.

Formulierungsvorschlag

Die Zuwendung in Höhe von . . . Euro (*Variante 1*: in Höhe ihres Verkehrswerts am heutigen Tage[3]; *Variante 2*: soweit deren Wert die Gegenleistung übersteigt) ist auf den Pflichtteil des Erwerbers nach dem Veräußerer anzurechnen, § 2315 BGB. Klargestellt ist, dass der Wert der Zuwendung um den Kaufkraftschwund bis zum Tode des Veräußerers (*Variante*: nicht) hochzurechen ist.

180 Die Anrechnungsbestimmung ist eine empfangsbedürftige, formfreie Willenserklärung gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten[4]. Eine konkludente Anordnung ist denkbar[5]. Nach abzulehnder Ansicht[6] soll die Anrechnung aber formbedürftig sein, soweit das die Zuwendung beinhaltende Rechtsgeschäft formbedürftig ist, z.B. nach § 311b BGB. Erforderlich ist stets, dass die Anordnung dem Pflichtteilsberechtigten zu Bewusstsein gekommen ist[7]. Der Pflichtteilsberechtigte muss abwägen können, ob ihm die Zuwendung eine Pflichtteilskürzung wert ist[8]. Der Pflichtteilsberechtigte hat die Zuwendung abzulehnen, wenn er mit der Anrechnung nicht einverstanden ist[9]. Nimmt er die Zuwendung an, ist er an die Anrechnung gebunden. Der Vorschlag[10], an das Vorliegen einer Pflichtteilsanrechnung keine „zu strengen Anforderungen" zu stellen, ist mit dem Schutzzweck in § 2315 BGB nicht zu vereinbaren.

Bei unentgeltlichen Zuwendungen an **Minderjährige** verlangt eine Ansicht[11] die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts analog § 1822 Nr. 2 BGB und

1 A.A. OLG Koblenz v. 21.11.2005 – 12 U 1151/04, OLGReport 2006, 591; Staudinger/*Haas*, § 2315 BGB Rz. 21.
2 Anrechnungen erfolgen i.d.R. rein vorsorglich, ebenso *Keim*, ZEV 2008, 388 (389).
3 Die Anrechnung über den Verkehrswert der Zuwendung hinaus ist nur wirksam, wenn die Form des Pflichtteilsverzichts gewahrt ist, §§ 2346 Abs. 2, 2348 BGB.
4 Palandt/*Edenhofer*, § 2315 BGB Rz. 5; *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 294.
5 OLG Koblenz v. 21.11.2005 – 12 U 1151/04, OLGReport 2006, 591; OLG Köln v. 28.11.2007 – 2 W 88/07, ZEV 2008, 244; Staudinger/*Haas*, § 2315 BGB Rz. 22; Palandt/*Edenhofer*, § 2315 BGB Rz. 5.
6 *Lange*, DNotZ 2007, 84 (86); wie hier Staudinger/*Haas*, § 2315 BGB Rz. 22; *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 294; stillschweigend Palandt/*Edenhofer*, § 2315 BGB Rz. 5.
7 OLG Düsseldorf v. 26.11.1994 – 7 U 287/92, ZEV 1994, 173; OLG Köln v. 28.11.2007 – 2 W 88/07, ZEV 2008, 244; OLG Koblenz v. 20.12.2002 – 10 U 105/02, ZErb 2003, 159; Staudinger/*Haas*, § 2315 BGB Rz. 27; a.A. *Lange*, DNotZ 2007, 84 (87: aus Wortlaut nicht ersichtlich; Widerspruch zu allg. Grundsätzen).
8 OLG Schleswig v. 13.11.2007 – 3 U 54/07, ZErb 2008, 29; *Lange*, DNotZ 2007, 84 (86); *Baumann*, ZEV 1994, 174.
9 MüKo/*Lange*, § 2315 BGB Rz. 7; Staudinger/*Haas*, § 2315 BGB Rz. 30.
10 Staudinger/*Haas*, § 2315 BGB Rz. 19; *Keim*, ZEV 2008, 388.
11 Staudinger/*Haas*, § 2315 BGB Rz. 31; *Kasper*, Anrechnung und Ausgleichung im Pflichtteilsrecht, 1999, S. 158; MüKo/Lange, § 2315 BGB Rz. 9; *Keim*, MittBayNot

die Bestellung eines Ergänzungspflegers nach § 1909 BGB, da die Anrechnung i.S. v. § 107 BGB nachteilig sei. Diese Ansicht ist abzulehnen[1]. In der Praxis ist gleichwohl der sicherste Weg zu empfehlen und zu beschreiten.

Die Anrechnung hat vor oder **spätestens bei der Zuwendung**[2] zu erfolgen. Eine **nachträgliche Anrechnung** ist nicht möglich, auch nicht in einem Testament[3]. Etwas anderes gilt, wenn sich der Erblasser bei der Zuwendung eine Pflichtteilsanrechnung ausdrücklich vorbehalten hat[4], eine Pflichtteilsentziehung begründet ist oder die nachträgliche Pflichtteilsanrechnung in einem Pflichtteilsverzichtsvertrag[5] vereinbart wird. Die pauschale Ansicht[6], die einen formfreien Anrechnungsvorbehalt *im Voraus* für künftige Zuwendungen zulässt, ist einzuschränken. Nach dem Schutzzweck der Norm hat der formfreie Anrechnungsvorbehalt zeitnah vor der Zuwendung zu erfolgen.

Beweisbelastet für die Anrechnungserklärung ist der Erbe[7]. Ein Anscheinsbeweis für eine konkludent erklärte Anrechnungsbestimmung greift auch nicht im Falle einer größeren Zuwendung[8].

➲ **Beratungshinweis**: Bei einer gescheiterten Pflichtteilsanrechnung nach § 2315 BGB ist zu prüfen, ob die Zuwendung den Pflichtteil zumindest nach § 2316 BGB oder § 2327 BGB („Flucht in die Pflichtteilsergänzung") mindert.

Bestehen Ansprüche auf Pflichtteil und Zugewinn nebeneinander, wird die Zuwendung nach h.M. zunächst auf den Pflichtteil angerechnet. Ein etwaiger

---

2008, 8 (12: differenzierend: keine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung, aber rechtlich nachteiliges Geschäft); *Soergel/Dieckmann*, § 2315 BGB Rz. 7.

1 *Weigl*, MittBayNot 2008, 275 (276); Soergel/*Dieckmann*, § 2315 BGB Rz. 7; *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 2026; *Pentz*, MDR 1998, 1266 ff.; *Everts*, Rpfleger 2005, 180; *Fembacher*, MittBayNot 2004, 24; *Raststätter*, BWNotZ 2006, 1 (7); OLG München v. 17.7.2007 – 31 Wx 18/07, ZErb 2007, 461 (vormundschaftsgerichtliche Genehmigungspflicht einer Überlassung an Minderjährige wegen Rückübertragungsverpflichtung, nicht wegen Pflichtteilsanrechnung). Nach BGH führt die Anrechnungsanordnung im vergleichbaren Fall von § 2050 Abs. 3 BGB nicht zu einem rechtlichen Nachteil i.S. v. § 107 BGB, BGH v. 10.11.1954 – II ZR 165/53, NJW 1955, 1353.

2 Der Zeitpunkt ist bei der Lebensversicherung streitig, Rz. 216.

3 OLG Koblenz v. 21.11.2005 – 12 U 1151/04, OLGReport 2006, 591; MüKo/*Lange*, § 2315 BGB Rz. 6.

4 *J. Mayer*, ZErb 2007, 130 (133).

5 Zu nach § 2348 BGB formbedürftigen nachträglichen erbrechtlichen Anrechnungen OLG München v. 26.3.2008 – 15 U 4547/07, ZEV 2008, 344.

6 OLG Koblenz v. 20.12.2002 – 10 U 105/02, ZErb 2003, 159; Staudinger/*Haas*, § 2315 BGB Rz. 20; *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 295; *J. Mayer*, ZErb 2007, 130 (133).

7 OLG Koblenz v. 21.11.2005 – 12 U 1151/04, OLGReport 2006, 591; MüKo/*Lange*, § 2315 BGB Rz. 6.

8 OLG Köln v. 28.11.2007 – 2 W 88/07, ZEV 2008, 244; OLG Koblenz v. 21.11.2005 – 12 U 1151/04, OLGReport 2006, 591; Palandt/*Edenhofer*, § 2315 BGB Rz. 5; a.A. S*oergel/Dieckmann*, § 2315 BGB Rz. 6.

nicht verbrauchter Restbetrag mindert dann den Zugewinn, § 1380 BGB[1]. Der Erblasser kann die Anrechnungsbestimmung nachträglich einseitig und formlos **aufheben** bzw. **widerrufen**[2].

§ 2315 BGB setzt eine freiwillige **lebzeitige Zuwendung**[3] des Erblassers voraus, die nicht auf einer Leistungspflicht beruht[4] und sein Vermögen mindert[5]. Der Begriff ist weiter als derjenige der Schenkung[6]. Auch Ausstattungen, die keine Übermaßausstattungen sind, sollen darunter fallen[7] (zweifelhaft), ebenso Schenkungen nach § 2330 BGB[8] (abzulehnen), nicht aber ein nicht vollzogenes Schenkungsversprechen auf den Todesfall nach § 2301 BGB[9]. Bei gemischten Schenkungen ist nur der Schenkungsanteil als wirtschaftlicher Vorteil anrechenbar[10]. Für die Zuwendung spielt es keine Rolle, ob sie nur schuldrechtlich begründet oder bereits dinglich vollzogen wurde[11]. Unerheblich sind Zuwendungen des Erblassers an die Kinder oder den Ehegatten des Pflichtteilsberechtigten[12] sowie Zuwendungen des Ehegatten[13] des Erblassers an den Pflichtteilsberechtigten. § 2315 BGB ist nicht anwendbar, wenn die Zuwendung an den Erblasser zurückgewährt wurde[14] (teleologische Reduktion).

➲ **Beratungshinweis:** § 2315 BGB greift grundsätzlich nicht, wenn die Zuwendung „im Wege vorweggenommener Erbfolge im Erbfall auszugleichen“[15] bzw. „auf den Erbteil anzurechnen“[16] ist. Unklar und unerheb-

1 *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 2045; MüKo/*Gernhuber*, § 1371 BGB Rz. 48; *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 300; a.A. *Kerscher/Riedel/Lenz*, § 8 Rz. 59 (erst Zugewinn, dann Pflichtteil).
2 MüKo/*Lange*, § 2315 BGB Rz. 6; *J. Mayer*, ZEV 1996, 441 (446); Staudinger/*Haas*, § 2315 BGB Rz. 33; *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 295.
3 *Lange*, DNotZ 2007, 84 (86).
4 OLG Düsseldorf v. 26.11.1994 – 7 U 287/92, ZEV 1994, 173; Staudinger/*Haas*, § 2315 BGB Rz. 11.
5 OLG München v. 17.7.2007 – 31 Wx 18/07, ZErb 2007, 461; *Lange*, DNotZ 2007, 84 (85); OLG Düsseldorf v. 26.11.1994 – 7 U 287/92, ZEV 1994, 173.
6 MüKo/*Lange*, § 2315 BGB Rz. 5; *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 2030.
7 *Lange*, DNotZ 2007, 84 (85); Staudinger/*Haas*, § 2315 BGB Rz. 12; *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 290.
8 *J. Mayer*, ZErb 2007, 130 (134); MüKo/*Lange*, § 2315 BGB Rz. 5.
9 MüKo/*Lange*, § 2315 BGB Rz. 5; Staudinger/*Haas*, § 2315 BGB Rz. 13.
10 *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 290; MüKo/*Lange*, § 2315 BGB Rz. 7; *J. Mayer*, ZErb 2007, 130 (133).
11 *Lange*, DNotZ 2007, 84 (85).
12 Anders, wenn die Schenkung, die zunächst an den Pflichtteilsberechtigten gehen sollte, auf sein Geheiß an einen Dritten erfolgte (z.B. Kettenschenkung): *J. Mayer*, ZErb 2007, 130 (134).
13 Im Rahmen von §§ 2315, 2316 BGB gibt es keinen erweiterten Erblasserbegriff; *Mohr*, ZEV 1999, 257 (259).
14 OLG München v. 17.7.2007 – 31 Wx 18/07, ZErb 2007, 461.
15 Ausgleichung nach § 2316 BGB ist ein aliud zu § 2315 BGB, vgl. OLG Düsseldorf v. 26.11.1994 – 7 U 287/92, ZEV 1994, 173.
16 OLG Schleswig v. 13.11.2007 – 3 U 54/07, ZErb 2008, 29; OLG Koblenz v. 20.12.2002 – 10 U 105/02, ZErb 2003, 159; OLG Düsseldorf v. 26.11.1994 – 7 U 287/92, ZEV 1994, 173; *Kasper*, Anrechnung und Ausgleichung im Pflichtteilsrecht,

lich ist auch die Verwendung der Begriffe „Muttergut" oder „Vatergut"[1]. Die Anrechnung muss sich auf den Pflichtteil beziehen[2]. Ausreichend ist aber die Formulierung „in Anrechnung auf erbrechtliche Ansprüche"[3]. Um Beweisschwierigkeiten vorzubeugen, sollte sich der Erblasser vom Empfänger stets eine Bestätigung über die Höhe der Zuwendung und die getroffene Anrechnungsbestimmung unterschreiben lassen, was auch nachträglich erfolgen kann, ohne dass hierfür eine Form zu wahren ist[4].

181 Nach § 2315 Abs. 2 BGB ist der Verkehrswert im Zeitpunkt des Zuwendungsvollzugs maßgeblich[5]. Dieses Stichtagsprinzip beinhaltet eine vergleichbare Risikoverteilung wie § 2311 BGB. Spätere Wertänderungen sind unerheblich, auch wenn die Zuwendung im Erbfall nicht mehr vorhanden ist[6]. Das Niederstwertprinzip in § 2325 Abs. 2 BGB hat keine Geltung. Der Wert der Zuwendung ist um den Kaufkraftschwund bis zum Todestag zu bereinigen[7]. Das gilt nicht, wenn der Erblasser den Wert der Anrechnung bestimmt und den Inflationsausgleich nicht ausdrücklich angeordnet hat[8]. Der Erblasser kann von der gesetzlichen Berechnung zugunsten des Pflichtteilsberechtigten (konkludent) abweichen[9], insbesondere einen geringeren Wert bestimmen. Eine Anrechnungsbestimmung über den wahren Wert der Zuwendung hinaus ist aber nicht möglich, sofern keine Pflichtteilsentziehungsgründe vorliegen oder kein entsprechender formbedürftiger Pflichtteilsverzicht erklärt wird (Haftungsfalle)[10]. Das gilt auch für die Anordnung eines von § 2325 Abs. 2 BGB abweichenden Bewertungsstichtags, z.B. den Erbfall, wenn dies zu einem höheren Anrechnungsbetrag führt[11].

1999, S. 159; Palandt/*Edenhofer*, § 2315 BGB Rz. 4; *Keim*, ZEV 2008, 388: Die Anrechnung auf den Erbteil wird dahin ausgelegt, dass der Empfänger die Zuwendung nach §§ 2050, 2056 BGB auzugleichen hat. Die Ausgleichung setzt aber voraus, dass im Erbfall mind. zwei Kinder vorhanden sind. Ist nur ein Kind vorhanden, hat die angeordnete Ausgleichung keine Wirkung.

1 *J. Mayer*, ZErb 2007, 130.

2 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 11 Rz. 40.

3 OLG Düsseldorf v. 17.5.2002 – 7 U 176/01, ZErb 2002, 231 mit Anm. *Schnorrenberg*.

4 Staudinger/*Haas*, § 2315 BGB Rz. 29.

5 Staudinger/*Haas*, § 2315 BGB Rz. 45.

6 Staudinger/*Haas*, § 2315 BGB Rz. 15, 47; *Kerscher/Riedel/Lenz*, § 8 Rz. 37.

7 *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 301; OLG Nürnberg v. 5.10.2004 – 2 U 2279/04, ZEV 2006, 361; Staudinger/*Haas*, § 2315 BGB Rz. 51; zu Index-Berechnungshilfen s. Rz. 372.

8 Stillschweigend OLG Düsseldorf v. 17.5.2002 – 7 U 176/01, ZErb 2002, 231 mit Anm. *Schnorrenberg; Staudinger/Haas*, § 2315 BGB Rz. 54 (im Übrigen Auslegungsfrage, wenn der Erblasser den Anrechnungsbetrag nur im Zeitpunkt der Zuwendung fixiert hat).

9 OLG Düsseldorf v. 17.5.2002 – 7 U 176/01, ZErb 2002, 231; Staudinger/*Haas*, § 2315 BGB Rz. 42.

10 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 11 Rz. 45; Staudinger/*Haas*, § 2315 BGB Rz. 43; *Kasper*, Anrechnung und Ausgleichung im Pflichtteilsrecht, 1999, S. 158.

11 BVerfG v. 27.3.2006 – 1 BvR 181/06, FamRZ 2006, 927 (zu OLG Nürnberg v. 5.10.2004 – 2 U 2279/04, ZEV 2006, 361 mit kritischer Anm. *Keim*).

Beispiel:

Eltern überlassen ihrem Sohn Grundbesitz, der nur dem Vater gehört, mit der Maßgabe, dass jeweils der volle Wert der Zuwendung auf den Pflichtteil des Erwerbers mit Wirkung gegenüber seinen Abkömmlingen nach dem Tode beider Elternteile anzurechnen ist; nach dem Tode der Mutter ausdrücklich im Wege eines beschränkten Pflichtteilsverzichts[1].

Der Pflichtteil wird für jeden Pflichtteilsberechtigten gesondert ermittelt: 182

Schritt 1: Bildung **Anrechnungsnachlass**
= Realer Nachlass + anzurechnende Zuwendung

Schritt 2: Ermittlung **Anrechnungspflichtteil**
= Pflichtteilsquote × Wert Anrechnungsnachlass

Schritt 3: Pflichtteil
= Anrechnungspflichtteil minus anzurechnende Zuwendung

Zur **Beratungssituation**:

Nachlass	500000 Euro
Zuschlag Anrechnung[2]	200000 Euro
Anrechnungsnachlass	700000 Euro
Pflichtteilsquote ¼	175000 Euro
Abzug Anrechnung	200000 Euro
Pflichtteilsanspruch	0 Euro

Mandant hat die lebzeitige Zuwendung, soweit sie seinen Pflichtteil übersteigt, nicht herauszugeben[3].

3. Der Ausgleichspflichtteil, § 2316 BGB

➲ **Beratungssituation:** Mandant hat zwei Brüder. Alleinerbin nach dem Tod seines Vaters ist seine Mutter. Nachlasswert: 500000 Euro. Mandant erhielt vom Vater eine Ausstattung von 150000 Euro, ein weiterer Bruder eine Ausstattung von 100000 Euro. Wie hoch ist der Pflichtteil des Mandanten?

a) Ausgleichspflichtteil, § 2316 Abs. 1, 3 BGB

Die im Entwurf zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts[4] *geplante Ausweitung des komplizierten Ausgleichungspflichtteils in §§ 2316, 2050 ff. BGB bei Pflege des Erblassers durch einen gesetzlichen Erben – nicht nur durch einen Abkömmling – entfällt. Neu für Erbfälle ab 1.1.2010 ist ledig-* 183

1 Formulierungsbeispiel *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 290 f.
2 Hier ohne Inflationsausgleich.
3 *Tanck* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 7 Rz. 69; *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 301. In anderen Fällen kann aber zugunsten eines anderen Pflichtteilsberechtigten § 2329 BGB eingreifen.
4 BT-Drs. 16/8954 v. 24.4.2008, S. 16 zu Nr. 11–14 (§§ 2050–2057b BGB) und S. 21 zu Nr. 24 (§ 2316 BGB).

lich, dass eine Pflege auch dann ausgleichspflichtig sein kann, wenn sie nicht unter Verzicht auf berufliches Einkommen erfolgt. Dadurch wird der Ausgleichspflichtteil bei Pflege des Erblassers an praktischer Bedeutung zunehmen. Für Erbfälle bis 31.12.2009 bleibt es bei der alten Rechtslage. Zur Synopse s. Rz. 2a.

Die Ausgleichung kürzt oder erhöht den ordentlichen, nicht den Ergänzungspflichtteil[1]. Sie erhöht nicht die Pflichtteilslast des Erben, sondern führt zur Umverteilung der Pflichtteile unter mehreren Abkömmlingen durch Verrechnung[2]. Der Ausgleichspflichtteil geht zugunsten oder zulasten eines Abkömmlings. Der Ausgleichspflichtteil ist zu prüfen, wenn der Erblasser bei seinem Tode mehrere Abkömmlinge hat, die bei (fiktiver) gesetzlicher Erbfolge Miterben[3] würden, und er zumindest einem Abkömmling einen nach § 2050 BGB ausgleichspflichtigen Vorempfang gewährt bzw. eine Leistung nach § 2057a BGB erhalten hat. Nur Abkömmlinge sind am Ausgleichspflichtteil beteiligt, § 2316 Abs. 1, 3 BGB. Bei der abstrakten Ermittlung der Erbquote werden auch diejenigen Abkömmlinge gezählt, die ausgeschlagen bzw. auf den Pflichtteil verzichtet haben, enterbt oder für erbunwürdig erklärt wurden, § 2310 Satz 1 BGB. Nur durch Erbverzicht ausgeschiedene Abkömmlinge bleiben unberücksichtigt, § 2316 Abs. 1 Satz 2 BGB. Der Pflichtteil des **Ehegatten oder der Eltern** ist immer **unabhängig** von § 2316 BGB zu berechnen.

184 Folgende Leistungen[4] sind **ohne** Eingreifen einer **Zeitgrenze**[5] nach §§ 2316, 2050 ff., 2057a BGB ausgleichspflichtig:

– Ausstattung des Erblassers nach §§ 2050 Abs. 1, 1624 BGB, s. Kapitel C IV Rz. 206. Eine andere Anordnung des Erblassers ist wirkungslos, § 2316 Abs. 3 BGB. Ausgleichspflichtig sind grundsätzlich auch Übermaßausstattungen, die die Vermögensverhältnisse des Erblassers übersteigen[6]. Die Aussteuer ist eine Form der Ausstattung und i.d.R. nicht ausgleichspflichtig[7]. Aufgrund der Vertragsfreiheit dürfen die Beteiligten eine Schenkung vereinbaren, auch wenn objektiv eine Ausstattung gegeben wäre[8]. Dieses Wahlrecht ist vom Pflichtteilsrecht zu akzeptieren. § 2316 Abs. 3 BGB greift insoweit nicht[9].

1 BGH v. 9.12.1992 – IV ZR 82/92, NJW 1993, 1197. Stellt der Vorempfang zugleich eine Schenkung gemäß § 2327 BGB dar, s. Rz. 262.
2 Staudinger/*Haas*, § 2316 BGB Rz. 1.
3 BGH v. 9.12.1992 – IV ZR 82/92, NJW 1993, 1197; Staudinger/*Haas*, § 2316 BGB Rz. 3.
4 Instruktiv *Schindler*, ZEV 2006, 389 ff.; *Kerscher/Tanck*, ZEV 1997, 354 ff.; OLG Düsseldorf v. 13.1.2004 – I-4 U 104/03, OLGReport 2004, 356 (Lebensversicherung als formlos wirksames Ausstattungsversprechen).
5 Die Zehnjahresfrist nach § 2325 Abs. 3 BGB ist nicht anwendbar.
6 *Tanck* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 7 Rz. 20; Palandt/*Edenhofer*, § 2050 BGB Rz. 8.
7 BGH v. 30.9.1981 – IVa ZR 127/80, NJW 1982, 575 (Ausgleichspflicht nur, soweit die Aussteuer die Kosten einer angemessenen Berufsausbildung übersteigt oder neben einer Berufsausbildung gewährt worden ist).
8 *Schindler*, ZEV 2006, 389 (392); *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 217.
9 *Schindler*, ZEV 2006, 389 (392).

– Übermaßzuschüsse zu den Einkünften und Übermaßaufwendungen des Erblassers gemäß § 2050 Abs. 2 BGB, s. Kapitel C IV Rz. 207 f. Eine andere Anordnung des Erblassers ist wirkungslos. § 2316 Abs. 3 BGB gilt über den Wortlaut hinaus auch hier[1].

– Zuwendungen des Erblassers nach § 2050 Abs. 3 BGB, s. Kapitel C IV Rz. 209. Zuwendungen, durch die einer gesetzlichen Pflicht genügt wird (z.B. Unterhaltspflicht), fallen nicht darunter[2]. Die erforderliche Anrechnungsbestimmung des Erblassers kann konkludent erfolgen. Sie liegt nicht ohne Weiteres in der Formulierung „erhält im Wege der vorweggenommenen Erbfolge" (streitig)[3]. Die Anrechnungsbestimmung ist bei minderjährigen Abkömmlingen ohne Weiteres möglich und nicht rechtlich nachteilig. Will der Erblasser die einmal angeordnete Ausgleichung nachträglich wieder aufheben, kann er das – anders als bei § 2315 BGB – nicht formlos tun. Es bedarf hierzu eines Erb- oder Pflichtteilsverzichts mit den übrigen Akömmlingen, die von der angeordneten Ausgleichung im Erbfall profitieren können[4].

– Leistungen des Abkömmlings an den Erblasser nach § 2057a BGB[5], s. Kapitel C IV Rz. 211.

– Zuwendungen des Erblassers an weggefallene Abkömmlinge sind für deren Abkömmlinge nach § 2051 Abs. 1 BGB beachtlich. Das gilt auch für die Leistungen der weggefallenen Abkömmlinge an den Erblasser analog § 2051 Abs. 1 BGB[6].

– Die Ausgleichung scheidet aus, wenn der Erblasser die Zuwendung zurückerhalten hat. Dasselbe gilt für Zuwendungen, die der Abkömmling zurückgeben muss, z.B. Darlehen[7]. Wer den Ausgleich verlangt, hat zu **beweisen**, dass eine ausgleichspflichtige Zuwendung oder Leistung erfolgt ist. Daher hat z.B. derjenige, der eine Ausstattung behauptet, zu beweisen, dasss keine „gewöhnliche Schenkung" vorliegt[8]. Ein Anscheinsbeweis hierfür ist nach überzeugender Ansicht abzulehnen[9]. Das gilt auch für sonstige Be-

1 Palandt/*Edenhofer*, § 2316 BGB Rz. 3; Staudinger/*Haas*, § 2316 BGB Rz. 9.
2 Staudinger/*Haas*, § 2316 BGB Rz. 10; Palandt/*Edenhofer*, § 2050 BGB Rz. 11; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 11 Rz. 60; a.A. Soergel/*Dieckmann*, § 2316 BGB Rz. 5; *Schindler*, ZEV 2006, 389 (390).
3 OLG Stuttgart v. 4.5.1977 – 4 U 17/77, BWNotZ 1977, 150; OLG Celle v. 17.7.2003 – 6 U 46/03, NJOZ 2005, 1621; *Weimar*, JR 1967, 97 (98); Soergel/*Wolf*, § 2050 BGB Rz. 12; *Schindler*, ZEV 2006, 389 (392); *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 222; wohl auch BGH v. 23.9.1981 – IVa ZR 185/80, NJW 1982, 43; a.A. OLG Zweibrücken v. 3.8.2006 – 4 U 114/05, ZEV 2007, 97; *Tanck* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 7 Rz. 46; *Schindler*, ZEV 2006, 389 (393).
4 Staudinger/*Haas*, § 2316 BGB Rz. 13, *Siebert*, EE 2008, 120 (122); Palandt/*Edenhofer*, § 2050 BGB Rz. 11; *Kerscher/Riedel/Lenz*, § 5 Rz. 89.
5 Übersicht bei *Tanck* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 7 Rz. 24 ff.
6 Staudinger/*Haas*, § 2316 BGB Rz. 14.
7 Palandt/*Edenhofer*, § 2050 BGB Rz. 7.
8 *Schindler*, ZEV 2006, 389 (393); Soergel/*Wolf*, § 2050 BGB Rz. 12.
9 *J. Mayer*, ZEV 2005 38; a.A. *Bothe*, ZErb 2004, 368 (372).

weiserleichterungen, da die zeitlich unbegrenzte Ausgleichung die Ausnahme und nicht die Regel ist, s. § 2050 Abs. 3 BGB[1]. Überdies ist davor zu warnen, Zuwendungen, die geeignet sind, die Lebenslage des Empfängers zu verbessern, als Ausstattung „hochzureizen"[2].

185 **Pflichtteilsberechnung:** Der **Ausgleichsnachlass** wird durch Abzug der nicht von der Ausgleichung betroffenen Personen ermittelt. Der überlebende Ehegatte des Erblassers wird mit seinem (fiktiven) gesetzlichen Erbteil vom realen Nachlass abgesondert, der sich nach dem ehelichen Güterstand richtet. Dem verbleibenden realen Nachlass werden die zu berücksichtigenden ausgleichspflichtigen Zuwendungen hinzugerechnet. Hierfür ist der **Wert** im Zeitpunkt des **Zuwendungsvollzugs** nach § 2055 Abs. 2 BGB entscheidend, der um den Kaufkraftschwund bis zum Erbfall hochzurechnen ist[3]. Unberücksichtigt bleiben die Zuwendungen an den nach § 2056 BGB ausscheidenden Abkömmling. Dessen Wegfall führt aber zu einer Erhöhung der Ausgleichserbquoten für die verbleibenden ausgleichsberechtigten Abkömmlinge[4]. Im Fall von § 2057a BGB wird der Wert der Mitarbeit oder Pflegetätigkeit vom Nachlass abgezogen. Die **Ausgleichserbquote** wird ermittelt durch Teilung aller am Ausgleich teilnehmenden Abkömmlinge nach fiktiver gesetzlicher Erbquote. Der Abkömmling muss sich den jeweiligen Vorempfang auf seinen Ausgleichserbteil anrechnen lassen. Im Fall von § 2057a BGB erhöht der Wert der Mitarbeit oder Pflegetätigkeit den Ausgleichserbteil des Begünstigten.

➲ **Beratungshinweis:** Zu beginnen ist stets mit dem Ausgleichserbteil des Abkömmlings, der den höchsten Vorempfang erhalten hat. Ist der Vorempfang größer als der errechnete Ausgleichserbteil, scheiden er und der ihm zugewendete Vorempfang aus der Ausgleichung aus. Er erhält also nichts mehr vom realen Nachlass. Dann ist zwischen den verbleibenden Abkömmlingen eine erneute Ausgleichsberechnung mit erhöhten Ausgleichserbquoten vorzunehmen. Voraussetzung ist, dass weitere zwei Abkömmlinge vorhanden sind und zumindest ein weiterer Vorempfang gewährt wurde. Der Pflichtteil beträgt die Hälfte des Ausgleichserbteils.

186 **Schritt 1: Vorprüfung**

Vorliegen eines ausgleichspflichtigen Vorempfangs bzw. einer Leistung nach § 2057a BGB unter mindestens zwei Abkömmlingen.

Schritt 2: Bildung Ausgleichsnachlass

= Realer Nachlass minus gesetzlicher Erbteil des Ehegatten.

---

1 Vgl. BayObLG v. 6.6.2003 – 3 Z BR 88/03, FamRZ 2003, 1967 (keine Ausstattung, wenn ein im Übrigen vermögensloser Elternteil einem Kind einen Teil seines Hauses als ETW zuwendet, damit das Kind einen Ausbau vornehmen kann); a.A. bei größeren Zuwendungen zugunsten einer Ausstattung: *Schindler*, ZEV 2006, 389 (393 m.w.N.).

2 *Schindler*, ZEV 2006, 389 (394) mit Hinweis auf *Dieckmann*, FamRZ 1988, 712 (714).

3 BGH v. 4.7.1975 – IV ZR 3/74, NJW 1975, 1831; Staudinger/*Haas*, § 2316 BGB Rz. 25; *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 245.

4 BGH v. 15.3.1965 – III ZR 108/63, NJW 1965, 1526; OLG Köln v. 2.10.2003 – 2 W 95/03, ZEV 2004, 155.

= Zuschlag: alle ausgleichspflichtigen Vorempfänge. Aber nicht solche des Ehegatten des Erblassers oder des ausgeschiedenen Abkömmlings, § 2056 BGB.

= Abzug: Leistungen nach § 2057a BGB

Schritt 3: Bildung Ausgleichserbteil

= Ausgleichserbquote × Ausgleichsnachlass minus Vorempfang bzw. plus Betrag nach § 2057a BGB

Die Quote folgt aus der Anzahl aller am Ausgleich beteiligten Abkömmlinge nach fiktiver gesetzlicher Erbquote ohne Berücksichtigung ausgeschiedener Abkömmlinge, § 2056 BGB.

Stets ist mit dem Abkömmling zu beginnen, der den größten Vorempfang erhalten hat. Übersteigt der Vorempfang den Ausgleichserbteil, scheidet er mit seinem Vorempfang aus, § 2056 BGB. Prüfung Schritt 1 ohne den ausgeschiedenen Miterben bzw. den an ihn erfolgten Vorempfang, aber erhöhtem Ausgleichserbteil[1].

Schritt 4: Bildung Ausgleichspflichtteil

= Ausgleichserbteil : 2

Zur **Beratungssituation**:

Realer Nachlass	500000 Euro
Abzug Erbteil der Ehefrau von ½	250000 Euro
	250000 Euro
Zuschlag inflationsbereinigter Vorempfänge	
(150000 Euro indexiert)	172350 Euro
(100000 Euro indexiert)	113762 Euro
Ausgleichsnachlass	536112 Euro
Ausgleichserbquote (: 3 Kinder)	178704 Euro
Abzug Vorempfang	172350 Euro
Ausgleichserbteil	6354 Euro
Ausgleichspflichtteil (: 2)	3177 Euro

b) Restpflichtteil, § 2316 Abs. 2 BGB

➲ **Beratungssituation:** Der Erblasser hat seinen Sohn zu ⅖ und Mandantin als frühere Freundin zu ⅗ bedacht. Die Tochter des Erblassers wurde enterbt. Sie hat eine Ausstattung erhalten von 100000 Euro. Nachlasswert: 100000 Euro. Der Sohn macht gegen Mandantin einen Restpflichtteilsanspruch geltend.

Nach dem Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts[2] *werden Beschränkungen und Beschwerungen des Erbteils bei der Berechnung des Zusatzpflichtteils nicht berücksichtigt, so dass der Pflichtteilsberechtigte für Erbfälle ab 1.1.2010 über §§ 2305 und 2316 Abs. 2 BGB weniger erhält als bisher. Für Erbfälle bis 31.12.2009 verbleibt es bei der alten Rechtslage. Zur Synopse s. Rz. 2a.* 187

2a

1 Gutes Berechnungsbeispiel bei *Schindler*, ZEV 2008, 125 (Fall 1.; andere Berechnungen hat er korrigiert in ZEV 2008, 187, 188); *Tanck* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 7 Rz. 56; Staudinger/*Haas*, § 2316 BGB Rz. 35.

2 BT-Drs. 16/8954 v. 24.4.2008, S. 19 zu Nr. 21 (§ 2305 BGB); BGBl. ■.

Ein **Restpflichtteilsanspruch** ist gegeben, wenn ein Abkömmling als Erbe weniger erhält als seinen Ausgleichspflichtteil, obwohl sein hinterlassener Erbteil die Pflichtteilsquote erreicht oder übersteigt. § 2316 Abs. 2 BGB ergänzt dadurch § 2305 BGB[1]. Der Anspruch besteht in Höhe der Wertdifferenz zwischen dem Hinterlassenen und dem ordentlichen Ausgleichspflichtteil.

Zur **Beratungssituation**: Der Sohn hat durch das Erbe mehr erhalten als seinen Pflichtteil von ¼. Ihm steht der Restpflichtteil zu, weil sein reiner Ausgleichspflichtteil werthaltiger wäre als sein Erbe. Ausgleichspflichtteil: 50000 Euro (¼ vom fiktiven Ausgleichsnachlass von 200000 Euro). Erbteil 40000 Euro (⅖ vom Nachlass von 100000 Euro). Restpflichtteil: 10000 Euro.

4. Zusammentreffen von § 2315 und § 2316 BGB

a) Anrechnung und Ausgleichung einer Zuwendung, § 2316 Abs. 4 BGB

➲ **Beratungssituation:** Mandantin ist Alleinerbin ihres Bruders, der zwei Kinder hinterließ. Nachlasswert: 50000 Euro. Der Erblasser hat Kind 1 eine Ausstattung von 10000 Euro, Kind 2 eine Ausstattung von 2000 Euro gewährt. Beide Zuwendungen sollen auch auf den Pflichtteil angerechnet werden. Wie hoch sind die Pflichtteile?

188 § 2316 Abs. 4 BGB ist einschlägig, soweit eine ausgleichspflichtige Zuwendung an einen Abkömmling mit der Bestimmung erfolgt, dass sie gleichzeitig auch auf seinen **Pflichtteil** anzurechnen ist. Eine doppelte Anrechnung des Vorempfangs zulasten des Abkömmlings soll vermieden werden, indem nur die Hälfte des Zuwendungswerts bei der Anrechnung berücksichtigt wird[2]. Die Kombination von Anrechnung und Ausgleichung kann aber bei Vorhandensein eines überlebenden Ehegatten zum unbilligen Ergebnis führen, dass der Abkömmling einen höheren Pflichtteil erhält, als wenn nur eine Anrechnung nach § 2315 BGB vorgenommen worden wäre[3].

➲ **Beratungshinweis:** Der verheiratete Elternteil sollte nur eine Anrechnung nach § 2315 BGB erklären[4].

189 **Berechnungsschema:**

Schritt 1: Bildung **Ausgleichsnachlass**
= realer Nachlass + ausgleichspflichtiger Vorempfang

Schritt 2: Bildung **Ausgleichserbteil**
= Ausgleichserbquote × Ausgleichsnachlass
= Ausgleichsnachlass minus voller Vorempfang

Schritt 3: Bildung **Ausgleichspflichtteil**
= Ausgleichserbteil: 2

1 S. MüKo/*Lange*, § 2316 BGB Rz. 19.
2 *Tanck*, ZErb 2003, 41; Staudinger/*Haas*, § 2316 BGB Rz. 47.
3 *Tanck* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 7 Rz. 76 ff.
4 *Tanck* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 7 Rz. 77; *Tanck*, ZErb 2003, 41 (43).

Schritt 4: Pflichtteil
= Ausgleichspflichtteil minus **hälftiger Vorempfang**

Zur **Beratungssituation**:

Sohn 1

Realer Nachlass		50 000 Euro
Zuschlag Vorempfänge[1]	(10 000 Euro + 2 000 Euro)	12 000 Euro
Ausgleichsnachlass		62 000 Euro
Ausgleichserbquote (: 2 Kinder)		31 000 Euro
Abzug **voller** Vorempfang		10 000 Euro
Ausgleichserbteil		21 000 Euro
Ausgleichspflichtteil (: 2)		10 500 Euro
Abzug **hälftiger** Vorempfang		5 000 Euro
Pflichtteil		5 500 Euro

Sohn 2

Realer Nachlass		50 000 Euro
Zuschlag Vorempfänge[2]	(10 000 Euro + 2000 Euro)	12 000 Euro
Ausgleichsnachlass		62 000 Euro
Ausgleichserbquote (: 2 Kinder)		31 000 Euro
Abzug voller Vorempfang		2 000 Euro
Ausgleichserbteil		29 000 Euro
Ausgleichspflichtteil (: 2)		14 500 Euro
Abzug hälftiger Vorempfang		1 000 Euro
Pflichtteil		13 500 Euro

b) Anrechnung und Ausgleichung unterschiedlicher Zuwendungen

➲ **Beratungssituation:** Mandantin ist Alleinerbin ihres verstorbenen Ehemannes. Die beiden Kinder wurden enterbt. Nachlasswert: 100 000 Euro. Der Sohn hat eine Ausstattung ohne Anrechnung auf seinen Pflichtteil erhalten von 10 000 Euro. Die Tochter hat eine Zuwendung von 10 000 Euro erhalten, die nur auf den Pflichtteil anzurechnen ist. Welchen Pflichtteil hat Mandantin zu zahlen?

§ 2316 Abs. 4 BGB greift **nicht** ein, wenn ein Abkömmling eine nach § 2315 BGB anrechnungspflichtige, ein anderer eine ausgleichspflichtige Zuwendung erhält[3]: **Berechnung** und **Beratungssituation**: 190

Pflichtteil Sohn:

Realer Nachlass	100 000 Euro
abzüglich Ehegattenerbteil (½)	50 000 Euro
Zuschlag ausgleichspflichtiger Vorempfang[4]	10 000 Euro
Ausgleichsnachlass	60 000 Euro
Ausgleichserbquote (60 000 Euro: 2 Kinder)	30 000 Euro
Abzug Vorempfang	10 000 Euro

1 Hier ohne Inflationsausgleich.
2 Hier ohne Inflationsausgleich.
3 Staudinger/*Haas*, § 2316 BGB Rz. 54; *Kerscher/Riedel/Lenz*, § 8 Rz. 52.
4 Hier ohne Inflationsausgleich.

Ausgleichserbteil	20000 Euro
Ausgleichspflichtteil (: 2)	10000 Euro

Pflichtteil Tochter: Der reale Nachlass ist vor Bildung des Ausgleichsnachlasses um die Zuwendung nach § 2315 BGB zu erhöhen.

Realer Nachlass	100000 Euro
Anrechnung[1]	10000 Euro
Anrechnungsnachlass	110000 Euro
Abzug Ehegattenerbteil (½)	55000 Euro
	55000 Euro
Zuschlag ausgleichspflichtiger Vorempfang	10000 Euro
Ausgleichsnachlass	65000 Euro
Ausgleichserbquote (: 2 Kinder)	32500 Euro
Ausgleichspflichtteil (: 2)	16250 Euro
Abzug anrechnungspflichtige Zuwendung	10000 Euro
Pflichtteil	6250 Euro

5. Zusammentreffen von § 2316 BGB und § 2325 BGB

191 Der Ausgleichspflichtteil (§§ 2316, 2050 ff. BGB) stellt nach h.M. keine lex specialis zur Pflichtteilsergänzung (§§ 2325 ff. BGB) dar[2]. Abkömmlinge können daher Ansprüche aus **§ 2325 BGB** herleiten, soweit die ausgleichspflichtige Zuwendung an andere Abkömmlinge zugleich eine Schenkung darstellt. Dies kommt bei Übermaßausstattungen oder Übermaßzuschüssen in Betracht[3]. Ergänzungspflichtig ist nur derjenige Betrag, der bei der Ausgleichung nach §§ 2316, 2050 ff. BGB keine Berücksichtigung findet[4]. Dies ist der Fall, wenn der geschenkte Vorempfang höher ist als der Ausgleichserbteil und nach § 2056 Satz 1 BGB ausscheidet. Ziel ist, den Vorempfang nicht doppelt nach §§ 2316, 2325 BGB zu berücksichtigen. Achtung: Für Erbfälle ab 1.1.2010 ist die Abschmelzung der ergänzungspflichtigen Schenkung in § 2325 Abs. 3 BGB zu beachten. Die Berechnung ist streitig[5].

Macht ein Abkömmling, der eine ausgleichungspflichtige Ausstattung (keine Schenkung) erhalten hat, wegen eines (nicht ausgleichspflichtigen) Ge-

1 Hier ohne Inflationsausgleich.

2 BGH v. 15.3.1965 – III ZR 108/63, NJW 1965, 1526; BGH v. 2.12.1987 – IVa ZR 149/86, NJW 1988, 821; MüKo/*Lange*, § 2316 BGB Rz. 15; Staudinger/*Haas*, § 2316 BGB Rz. 58; Gutachten DNotI-Report 2008, 1 (3); *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 287; a.A. Schanbacher, ZEV 1997, 349 ff.; Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 41 und § 2327 BGB Rz. 22.

3 Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 41.

4 BGH v. 15.3.1965 – II ZR 108/63, NJW 1965, 1526; BGH v. 2.12.1987 – IVa ZR 149/86, NJW 1988, 821; OLG Oldenburg v. 11.11.1997 – 5 U 56/97, ZEV 1998, 143 mit Anm. *Dieckmann*; *Schindler*, ZEV 2008, 125 (127); MüKo/*Lange*, § 2316 BGB Rz. 15; *Palandt/Edenhofer*, § 2325 BGB Rz. 8.

5 BGH v. 2.12.1987 – IVa ZR 149/86, NJW 1988, 821 (kombinierte Berechnung); anders *Kerscher/Riedel/Lenz*, § 9 Rz. 153 und *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 116 (getrennte Berechnung); ausführlich *Schanbacher*, ZEV 1997, 349 (351).

schenks des Erblassers an einen Dritten Ansprüche aus § 2325 BGB geltend, gilt folgende Berechnung[1]:

Schritt 1: Ermittlung Ausgleichspflichtteil, § 2316 BGB (ordentlicher Pflichtteil)[2]

Schritt 2: Ermittlung „doppelt fiktiver" Ausgleichspflichtteil (als wäre der verschenkte Gegenstand noch im Nachlass mit der Maßgabe, dass für Erbfälle ab 1.1.2010 der ggf. nach § 2325 Abs. 3 BGB abgeschmolzene Schenkungswert gilt)

Schritt 3: Ergänzungspflichtteil = Differenzbetrag von Schritt 1 und 2

VI. Pflichtteilsergänzungsansprüche bei Schenkungen des Erblassers

1. Pflichtteilsergänzung gegen den Erben, § 2325 BGB

a) Grundgedanke

192 *Das Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts[3] hat § 2325 Abs. 3 BGB zulasten des Pflichtteilsberechtigten abgeändert. Bei Erbfällen bis 31.12.2009 werden Schenkungen in voller Höhe berücksichtigt, wenn seit der Schenkung noch keine 10 Jahre verstrichen sind. Bei Erbfällen ab 1.1.2010 ersetzt ein Abschmelzungsmodell (1/10 pro rata temporis) die starre 10-Jahres-Ausschlussfrist. Die Schenkung wird nur noch innerhalb des ersten Jahres vor dem Erbfall vollständig, im zweiten Jahr nur noch zu 9/10, im dritten Jahr zu 8/10 usw. berücksichtigt werden. Bei Zuwendungen an Ehegatten verbleibt es bei der bisherigen Rechtslage. Es gibt keine Übergangsregelung. Die Reform hat damit Rückwirkung auf u.U. jahrelang zurückliegende Schenkungsverträge. Die auch und gerade nach der Reform praktisch wichtige Streitfrage, wann die 10-Jahresfrist bei Nutzungsvorbehalten läuft, bleibt der Rechtsprechung überlassen. Zur Synopse s. Rz. 2a.*

§ 2325 BGB **schützt** den Pflichtteilsberechtigten vor Aushöhlung des Pflichtteils durch lebzeitige Schenkungen des Erblassers[4]. Der Pflichtteilsergänzungsanspruch ist der Betrag, um den sich der Pflichtteil erhöht, wenn der (bei Erbfällen ab 1.1.2010 ggf. abgeschmolzene) Wert des Geschenks dem realen Nachlass fiktiv hinzugerechnet wird[5]. Etwaige Kosten der Schenkung werden nicht abgezogen[6]. Der Pflichtteilsberechtigte soll aber nicht besser stehen, als er ohne die lebzeitige Vermögensminderung beim Erblasser stehen würde. Dieser Normzweck gebietet eine **wirtschaftliche Betrachtung**[7] und

1 BGH v. 15.3.1965 – III ZR 108/63, NJW 1965, 1526; MüKo/*Lange*, § 2327 BGB Rz. 9.
2 S. Rz. 185 f.
3 BT-Drs. 16/8954 v. 24.4.2008, S. 21 zu Nr. 25 (§ 2325 BGB); BGBl. ■.
4 BGH v. 10.12.2003 – IV ZR 249/02, ZEV 2004, 115 (Stiftung); BGH v. 27.11.1991 – IV ZR 164/90, NJW 1992, 564 (ehebedingte Zuwendung); BGH v. 25.6.1997 – IV ZR 233/96, NJW 1997, 2676 (Missbrauchsabsicht ist unerheblich, anders § 2287 BGB).
5 BGH v. 8.4.1992 – IV ZR 2/91, NJW 1992, 2887.
6 Soergel/*Dieckmann*, § 2325 BGB Rz. 41; Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 83 („Unkosten").
7 BGH v. 8.3.2006 – IV ZR 263/04, ZEV 2006, 265; BGH v. 27.4.1994 – IV ZR 132/93, NJW 1994, 1791 (je zu § 2325 Abs. 2 BGB).

ggf. eine teleologische Reduktion[1]. Wird die Schenkung noch zu Lebzeiten des Erblassers rückabgewickelt – sei es infolge der Unwirksamkeit der Schenkung, deren Widerruf infolge Verarmung oder groben Undanks, einem vertraglichen oder gesetzlichen Rückforderungsrecht oder einem Aufhebungsvertrag („Rückschenkung") –, kommen keine Ansprüche aus § 2325 BGB in Betracht. Der Anspruch auf Pflichtteilsergänzung beurteilt sich im Internationalen Privatrecht nach dem Erbstatut[2]. Pflichtteilsergänzungsanspruch und Pflichtteilsanspruch stehen selbstständig und unabhängig nebeneinander:

193

Ordentlicher Pflichtteil	Pflichtteilsergänzungsanspruch
1. Schuldner ist stets der Erbe.	1. Schuldner ist der Erbe und/oder subsidiär der Beschenkte, § 2329 BGB.
2. Gläubiger ist grundsätzlich der pflichtteilsberechtigte Enterbte[3]. Er darf nicht durch § 2309 BGB ausgeschlossen sein.	2. Gläubiger ist auch der pflichtteilsberechtigte Erbe, § 2326 BGB. Enterbung ist nicht vorausgesetzt[4]. Er darf nicht durch § 2309 BGB ausgeschlossen sein[5].
3. Ausschlagung führt grundsätzlich zum Verlust des vollen Pflichtteils[6].	3. Ausschlagung berührt nicht die Ergänzungsberechtigung[7].
4. Aktivnachlass ist vorausgesetzt.	4. Aktivnachlass ist nicht vorausgesetzt, soweit die Hinzurechnung des Geschenks zu einem fiktiven Aktivnachlass führt.
5. Verjährung ist unabhängig von Ergänzungsansprüchen, §§ 195, 199 BGB.	5. Verjährung ist unabhängig vom Pflichtteil, §§ 195, 199, 2332 Abs. 1 BGB.

b) Ergänzungsanspruch nur bei Pflichtteilsberechtigung im Zeitpunkt der Schenkung?

➲ **Beratungssituation:** Mandantin ist nach dem Tode ihres Großvaters enterbt. Ihr Vater ist vor zwei Jahren vorverstorben. Alleinerbin ist ihre Schwester. Der Erblasser hat ihrer Schwester fünf Jahre vor seinem Tod ein Grundstück geschenkt. Hat Mandantin Pflichtteilsergänzungsansprüche?

---

1 *Kornexl*, ZEV 2003, 196 (197 f.), bestätigend zitiert von BGH v. 14.2.2007 – IV ZR 258/05, ZEV 2007, 326; Palandt/*Edenhofer*, § 2325 BGB Rz. 7; *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 1843.

2 BGH v. 17.4.2002 – IV ZR 259/01, NJW 2002, 2469, s. Rz. 330.

3 Ausnahmen §§ 2305, 2306 Abs. 1 Satz 1, 2316 Abs. 2 BGB.

4 BGH v. 21.3.1973 – IV ZR 157/71, NJW 1973, 995; OLG Düsseldorf v. 19.10.2005 – 7 W 70/05, NJOZ 2006, 2665.

5 OLG Köln v. 11.3.1998 – 13 W 14/98, OLGReport 1998, 346; Palandt/*Edenhofer*, § 2325 BGB Rz. 4.

6 Es verbleibt nur ein etwaiger Restpflichtteil, § 2305 BGB. Ausnahmen: §§ 2307, 2306 Abs. 1 Satz 2, 1371 Abs. 3 BGB.

7 BGH v. 21.3.1973 – IV ZR 157/71, NJW 1973, 995; OLG Düsseldorf v. 11.4.2008 – 7 U 70/07, ZEV 2008, 525; MüKo/*Lange*, § 2325 BGB Rz. 4.

Umstritten ist, ob nur derjenige Pflichtteilsergänzungsansprüche hat, der im Zeitpunkt der Schenkung bereits pflichtteilsberechtigt war. 194

– Der BGH[1] verlangt, dass die **Pflichtteilsberechtigung** schon im **Zeitpunkt** der **Schenkung** vorliegt. Die Pflichtteilsberechtigung zum Zeitpunkt des Erbfalls reicht nicht aus, sog. **Doppelberechtigung**. Der Ehegatte hat also nur Ergänzungsansprüche wegen Schenkungen, die nach seiner Heirat, und Adoptivkinder nur wegen Schenkungen, die nach ihrer Adoption erfolgen. Nach herrschender Auslegung gelten die Grundsätze des BGH – denen Pflichtteilsergänzungsklagen von späteren Ehefrauen zugrunde lagen – auch für leibliche Abkömmlinge, so dass Schenkungen vor deren Zeugung (§ 1923 Abs. 2 BGB) unerheblich sind. Schenkungen vor einer Vaterschaftsanerkennung können aber ergänzungspflichtig sein, da die Anerkennung rechtsgestaltend auf die Geburt des Kinds zurückwirkt[2]. Nach zutreffender Auslegung lässt der BGH die abstrakte Pflichtteilsberechtigung im Schenkungszeitpunkt ausreichen[3]. Voraussetzung ist aber stets, dass der Pflichtteilsberechtigte im Erbfall konkret pflichtteilsberechtigt und nicht durch § 2309 BGB ausgeschlossen ist.

– Ein Teil der Literatur[4] und Instanzgerichte[5] bestätigt den BGH. Einige Autoren wenden die Grundsätze des BGH aber nicht zulasten von später geborenen Abkömmlingen an[6]. Teilweise sollen alle Kinder Ergänzungsansprüche haben, wenn der Erblasser im Zeitpunkt der Schenkung mit der Geburt des ersten Kinds sicher rechnete (Kasuistik nach Erkennbarkeit der Pflichtteilsberechtigung)[7].

---

1 BGH v. 21.6.1972 – IV ZR 69/71, NJW 1973, 40; BGH v. 25.6.1997 – IV ZR 233/96, NJW 1997, 2676.

2 OLG Köln v. 13.10.2004 – 2 U 85/04, OLGReport 2005, 635 mit zustimmender Anm. *Reimann*, ZEV 2005, 400 f.

3 *Keller*, ZEV 2000, 268 (270); Soergel/*Dieckmann*, § 2325 BGB Rz. 3; *Bestelmeyer*, FamRZ 1998, 1153 (1156); *Pluskat*, ZErb 2005, 173 (175); *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 151; *Kornexl*, Nachlassplanung bei Problemkindern, 2006, Rz. 658; Palandt/*Edenhofer*, § 2325 BGB Rz. 4; *Cornelius*, ZErb 2006, 230 (231); a.A. LG Dortmund v. 3.4.1998 – 8 O 451/97, ZEV 1999, 30.

4 *Keller*, ZEV 2000, 268 ff.; *Pentz*, MDR 1997, 717 ff. (nur für Ehegatte); *Steiner*, MDR 1997, 906 (nur für Ehegatte); *Bestelmeyer*, FamRZ 1998, 1152 ff.

5 LG Dortmund v. 3.4.1998 – 8 O 451/97, ZEV 1999, 30 mit zutreffender ablehnender Anm. *Otte;* ebenso *Pluskat*, ZErb 2005, 173 (175); OLG Koblenz v. 13.7.2006 – 7 U 1801/05, OLGReport 2007, 53 (Ehefrau).

6 *Steiner*, MDR 1997, 717 ff.; *Pentz*, MDR 1997, 717 f.; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 8; *Kerscher/Riedel/Lenz*, § 9 Rz. 119.; *Pluskat*, ZErb 2005, 173 (176: wenn der Stamm des Kinds zum Zeitpunkt der Schenkung bereits bestand); *Cornelius*, Rz. 127 und ZErb 2006, 230 (231: ab Geburt des Kinds, nicht Zeugung).

7 *Pentz*, MDR 1997, 717 (719); ablehnend zu Recht *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 9 (nach BGH zählt nicht die Erwartung des Erblassers, sondern diejenige des Pflichtteilsberechtigten).

– Die überwiegende Literatur[1] lässt eine Pflichtteilsberechtigung im Zeitpunkt des Erbfalls ausreichen. Hierfür sprechen die besseren Gründe[2]. Das gilt im Lichte des Verfassungsrangs des Pflichtteilsrechts umso mehr[3].

➲ **Beratungshinweis:** In der Praxis ist von den Grundsätzen des BGH auszugehen.

Zur **Beratungssituation**: Mandantin hat Pflichtteilsergänzungsansprüche. Unerheblich ist, dass sie im Zeitpunkt der Schenkung nicht konkret pflichtteilsberechtigt war (ihr Vater hat sie nach § 1924 Abs. 2 BGB von der Erbfolge ausgeschlossen).

c) Pflichtteilsergänzungsanspruch des Erben und Vermächtnisnehmers

➲ **Beratungssituation:** Mandant ist gesetzlicher Erbe zu 1/5 mit vier weiteren Brüdern nach dem Tod seiner Mutter. Reinnachlass: 60 000 Euro. Die Erblasserin hat fünf Monate vor ihrem Tod einem Bruder ein Grundstück überlassen von 600 000 Euro. Hat der Mandant Pflichtteilsergänzungsansprüche?

195 Der pflichtteilsberechtigte **Erbe** ist Ergänzungsgläubiger, § 2326 Satz 1 BGB. Ist er Miterbe, kann er seinen Anspruch gegen die anderen Erben nur im Rahmen der Erbauseinandersetzung geltend machen[4]. Der pflichtteilsberechtigte Erbe soll nicht schlechter – aber auch nicht besser – stehen als der pflichtteilsberechtigte Enterbte. Der Pflichtteilsergänzungsanspruch besteht nur insoweit, als der hinterlassene Erbteil hinter dem Gesamtpflichtteil zurückbleibt[5]. Nach **§ 2326 Satz 2 BGB** ist **von Amts wegen**[6] derjenige Betrag auf den Ergänzungsanspruch anzurechnen, der den Wert des ordentlichenPflichtteils unter Berücksichtigung von §§ 2315, 2316 BGB[7] übersteigt. Beschränkungen und Beschwerungen des hinterlassenen Erbteils nach § 2306 BGB[8] bleiben un-

1 Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 64 ff.; *Siebert*, NJW 2006, 2948 ff.; Soergel/*Dieckmann*, § 2325 BGB Rz. 3; *Otte*, ZEV 1999, 31; *Tiedtke*, DNotZ 1998, 85 ff.; *Cornelius*, Rz. 128; MüKo/*Lange*, § 2325 BGB Rz. 7; *Tanck*, ZErb 2005, 2 ff. Erman/*Schlüter*, vor §§ 2325–2331 BGB Rz. 6.

2 *Tiedtke*, DNotZ 1998, 85 ff. (Genese, Wortlaut, Zweck, Rechtssicherheit, Vermeidung der Ungleichbehandlung der Stämme).

3 BVerfG v. 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00, NJW 2005, 1561 (Kinder); zutreffende Bedenken wegen Art. 3 GG hat Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 66.

4 BGH v. 8.2.2007 – IX ZR 233/04, ZEV 2007, 280.

5 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 145.

6 BGH v. 21.3.1973 – IV ZR 157/71, NJW 1973, 995.; Staudinger/*Olshausen*, § 2326 BGB Rz. 9.

7 *Schindler*, ZEV 2005, 513 und ZErb 2006, 186 (187); Palandt/*Edenhofer*, § 2326 BGB Rz. 3; *Klinger/Mohr*, NJW-Spezial 2007, 13; a.A. Staudinger/*Olshausen*, § 2326 BGB Rz. 10; *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 156 (nur Quote).

8 Instruktiv mit Berechnungen *Bartsch*, ZErb 2009, 71 (72); MüKo/*Lange*, § 2326 BGB Rz. 3; Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 66.

berücksichtigt und mindern den Anrechnungsbetrag nicht. Erhält der Erbe ein **Vorausvermächtnis**, ist es zum Erbteil zu addieren und die Summe vom Gesamtpflichtteil abzuziehen.

➲ **Beratungshinweis:** Schlägt der Pflichtteilsberechtigte einen beschränkten oder beschwerten Erbteil nach § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. (Erbfälle bis 31.12.2009) aus, verbleibt ihm der Gesamtpflichtteil ohne Abzug[1]. Insoweit ist der Wortlaut in § 2326 Satz 2 BGB, der den Abzug des hinterlassenen, aber ausgeschlagenen Erbteils nahe legt, teleologisch zu reduzieren[2]. Nimmt der Pflichtteilsberechtigte den Erbteil in Unkenntnis der Schenkung an, hat er ein Anfechtungsrecht[3]. Es liegt ein beachtlicher Inhaltsirrtum vor[4]. Wird aber ein unbelasteter Erbteil ausgeschlagen, ist er vom Gesamtpflichtteil zulasten des Pflichtteilsberechtigten in Abzug zu bringen[5]. Das gilt auch für Erbfälle ab 1.1.2010 (Pflichtteilsreform).

196 § 2326 BGB umfasst auch Vermächtnisse. Übersteigt der Wert des angenommenen **Vermächtnisses** den Wert des ordentlichen Pflichtteils, gilt § 2326 Satz 2 BGB. Beschwerungen und Beschränkungen des Vermächtnisses bleiben bei der Bewertung unberücksichtigt und mindern nicht den Kürzungsbetrag, analog § 2307 Abs. 1 Satz 2 BGB[6]. Ein ausgeschlagenes unbelastetes Vermächtnis ist aber auf den Gesamtpflichtteil anzurechnen[7].

Berechnung:

Weg 1: Ermittlung **Kürzungsbetrag**, § 2326 Satz 2 BGB
Kürzungsbetrag = Erbteil oder Vermächtnis minus ordentlicher Pflichtteil

Weg 2: Ermittlung **Pflichtteilsergänzungsanspruch**[8]

Schritt 1: Gesamtpflichtteil aus fiktivem Nachlass (für Erbfälle ab 1.1.2010 ggf. die Abschmelzung der Schenkung nach § 2325 Abs. 3 BGB beachten) ermitteln

Schritt 2: Abzug Erbteil oder Vermächtnis Pflichtteilsergänzung = Restbetrag

1 Staudinger/*Olshausen*, § 2326 BGB Rz. 11; *Klinger/Mohr*, NJW-Spezial 2007, 13; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 149.

2 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 149; kritisch *Schindler*, ZErb 2006, 186 (189).

3 Staudinger/*Olshausen*, § 2326 BGB Rz. 14; Palandt/*Edenhofer*, § 2326 BGB Rz. 4; *Klinger/Mohr*, NJW-Spezial 2007, 13 (14).

4 MüKo/*Lange*, § 2325 BGB Rz. 3; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 148; *Gottwald*, § 2326 BGB Rz. 10.

5 *Klinger/Mohr*, NJW-Spezial 2007, 13 (14); Staudinger/*Olshausen*, § 2326 BGB Rz. 11; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 150.

6 MüKo/*Lange*, § 2326 BGB Rz. 4; Staudinger/*Olshausen*, § 2326 BGB Rz. 13.

7 MüKo/*Lange*, § 2326 BGB Rz. 5; Staudinger/*Olshausen*, § 2326 BGB Rz. 12.

8 BGH v. 27.10.2004 – IV ZR 174/03, ZEV 2005, 22 (Berechnung nicht abgedruckt); Staudinger/*Olshausen*, § 2326 BGB Rz. 8.

Zur **Beratungssituation**: Der Ergänzungsanspruch aus §§ 2325, 2326 Satz 2 BGB berechnet sich:

Realer Nachlass	60 000 Euro
Fiktiver Nachlass[1]	600 000 Euro
Gesamtnachlass	660 000 Euro
Pflichtteilsquote 1/10	66 000 Euro
Abzug Erbteil (60 000 Euro × 1/5 Erbquote)	12 000 Euro
Pflichtteilsergänzungsanspruch	54 000 Euro

d) Schenkung

aa) (Gemischte) Schenkung

➲ **Beratungssituation:** Mandantin hat ihre Tante lange Jahre intensiv ohne Entgelt gepflegt. Die Tante möchte ihr ein großes Grundstück gegen Nießbrauchsvorbehalt und Wart und Pflege überlassen. Mandantin fürchtet Pflichtteilsergänzungsansprüche. Sie will wissen, ob im Übergabevertrag eine nachträgliche Vereinbarung eines Pflegeentgelts für vergangene Pflegetätigkeit möglich ist.

197 Das Gesetz bietet nur gegen Schenkungen des Erblassers Schutz, §§ 516, 517 BGB[2]. Hierfür ist die Bereicherung des Empfängers aus dem Vermögen des Erblassers und die Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung erforderlich. Bei einer **gemischten Schenkung** kommen die Parteien überein, dass ein Teil der Leistung nicht durch die Gegenleistung abgegolten, sondern unentgeltlich zugewendet wird. Nur der Schenkungsteil ist ergänzungspflichtig[3]. Es gilt das Prinzip der **subjektiven Äquivalenz**. Ob Leistung und Gegenleistung äquivalent sind, richtet sich grundsätzlich nach dem Willen der Parteien zum Zeitpunkt des **Vertragsabschlusses**[4]. Die abweichende Literaturansicht[5], die bei §§ 2287, 2325 BGB ausschließlich auf die objektive Entgeltlichkeit abstellen und den Parteiwillen unbeachtet lassen will, ist abzulehnen. Zuzugeben ist aber, dass § 2325 BGB nach seinem Schutzzweck erweiternd angewendet wird auf ehebedingte Zuwendungen (Rz. 210) und andere freigiebige Transferleistungen (Stiftungsgeschäfte, Rz. 218), die kein subjektives Schenkungselement aufweisen.

---

1 Hier ohne Inflationsausgleich. Für Erbfälle ab 1.1.2010 ist ggf. nur der abgeschmolzene Schenkungswert einzustellen.

2 BGH v. 14.2.2007 – IV ZR 258/05, ZEV 2007, 326; BGH v. 10.12.2003 – IV ZR 249/02, ZEV 2004, 115 mit Anm. *Waldner*, BGHReport 2004, 447; BGH v. 11.7.2007 – IV ZR 218/06, ZEV 2008, 192 (Entscheidung betrifft § 2287 BGB, § 2325 BGB wird aber ausdrücklich erwähnt); *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 113; *Keim*, FamRZ 2004, 1082 (1082).

3 Palandt/*Edenhofer*, § 2325 BGB Rz. 19; Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 16.

4 BGH v. 27.6.1990 – XII ZB 95/89, NJW-RR 1990, 1283; BGH v. 27.5.1981 – IVa ZR 132/80, NJW 1981, 2458; OLG Köln v. 24.3.2000 – 19 U 103/99, OLGReport 2000, 416; Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 3.

5 S. *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 25; *Lipp*, FS Schwab, Zuwendungen an den Partner zwischen Familien- und Erbrecht, 2005, 529 (533: alle unentgeltlichen Zuwendungen).

198 Die Vertragsparteien können nach **BGH** auch **nachträglich Gegenleistungen** erhöhen[1], ersetzen, festlegen, gemäß §§ 315 Abs. 1, 316 BGB dem Vertragspartner überlassen[2], auch durch Verfügung von Todes wegen[3] ein zunächst unentgeltliches Geschäft in ein (voll) entgeltliches Geschäft umgestalten[4] oder Leistungen des Empfängers an Dritte in die Leistung und Gegenleistung einbeziehen[5]. Voraussetzung für eine nachträgliche Umwandlung ist, dass eine tatsächliche Leistung – z.B. eine Pflegeleistung – vorliegt, die im Nachhinein nach der Vorstellung der Vertragsparteien entlohnt – nicht lediglich belohnt[6] – wird. Der BGH stellt klar, dass der Pflichtteilsberechtigte nachträgliche Entgeltvereinbarungen hinnehmen muss, solange *„zwischen Leistung und Gegenleistung kein auffallendes grobes Missverhältnis besteht"*[7]. Soweit keine vertretbare Bewertung durch die Vertragsparteien erfolgt, liegt eine ergänzungspflichtige (gemischte) Schenkung vor.

Nach **a.A.**[8] ist eine nachträgliche Entgeltvereinbarung für in der Vergangenheit abgeschlossene unentgeltliche Geschäfte unzulässig. Jedoch ist diese Einschränkung der Vertragsfreiheit abzulehnen[9].

➲ **Beratungshinweis:** Dies eröffnet Gestaltungsspielräume[10]. **Beispiel:** In einem Grundstücksübergabevertrag werden bereits erbrachte Pflegeleistungen[11] oder die unentgeltliche Entlohnung einer 30-jährigen Tätigkeit als Sprechstundenhilfe[12] als Gegenleistung bewertet.

199 Bei schutzwürdigen Interessen Dritter kann der bloße Parteiwille keine objektiv fehlende Gegenleistung ersetzen, ebenso wenig eine willkürliche Bemes-

1 BGH v. 15.3.1989 – IVa ZR 338/87, FamRZ 1989, 732; BGH v. 27.11.1991 – IV ZR 164/90, NJW 1992, 564.
2 BGH v. 6.3.1985 – IVa ZR 171/83, NJW-RR 1986, 164.
3 BGH v. 6.3.1985 – IVa ZR 171/83, FamRZ 1985, 696.
4 BGH v. 14.2.2007 – IV ZR 258/05, ZEV 2007, 326 mit Anm. *Kornexl*; BGH v. 8.3.2006 – IV ZR 263/04, ZEV 2006, 265 (nachträgliche Pflegepflicht).
5 BGH v. 17.3.1982 – IVa ZR 27/81, NJW 1982, 2497 (Versorgung der Ehefrau des Erblassers).
6 Die belohnende Schenkung kann nur nach § 2330 BGB pflichtteilsergänzungsfest sein. Zur Abgrenzung BGH v. 19.7.2005 – X ZR 92/03, ZEV 2006, 36 (§ 518 Abs. 2 BGB); *Schindler*, ZErb 2004, 46 (52); *Worm*, RNotZ 2003, 535 (537).
7 BGH v. 14.2.2007 – IV ZR 258/05, ZEV 2007, 326 mit Anm. *Kornexl*.
8 *Wagner*, ZErb 2003, 112 f.; *Keim*, FamRZ 2004, 1081 (1086); *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 11 Rz. 104; *Klingelhöffer*, Rz. 338b, skeptisch auch *Worm*, RNotZ 2003, 535 (538).
9 *Schindler*, ZErb 2004, 46 ff. m.w.N.; ebenso Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 3; Soergel/*Dieckmann*, § 2325 BGB Rz. 7; MüKo/*Lange*, § 2314 BGB Rz. 14; *Kornexl*, ZEV 2003, 196 (197); *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 118 f.; *Langenfeld*, Testamentsgestaltung, § 3 Rz. 147; OLG Köln v. 5.10.2005 – 2 U 19/05, FamRZ 2007, 814; OLG Oldenburg v. 4.6.1996 – 5 U 27/96, OLGReport 1996, 225, OLG Oldenburg v. 30.8.2006 – 5 U 154/05, OLGReport 2008, 157 (Dienstleistungen); Palandt/*Edenhofer*, § 2325 BGB Rz. 7, 19.
10 *Schindler*, ZErb 2004, 46 (51, mit Musterformulierung).
11 OLG Oldenburg v. 4.6.1996 – 5 U 27/96, OLGReport 1996, 225.
12 OLG Oldenburg v. 23.3.1999 – 5 U 134/98, OLGReport 1999, 273.

sung von Leistung und Gegenleistung[1]. Der BGH hilft dem Pflichtteilsberechtigten mit einer **Beweiserleichterung**, die sich allein auf den **subjektiven Tatbestand** der Schenkung – nicht den Wert der Leistung und Gegenleistung – bezieht. Besteht zwischen Leistung und Gegenleistung ein *„auffallendes und grobes Missverhältnis"*, spricht die tatsächliche Vermutung dafür, dass sich die Parteien über die Unentgeltlichkeit der Wertdifferenz einig waren. Teilweise ließ der BGH ein *„objektiv über ein geringes Maß deutlich hinausgehendes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung"* genügen[2]. In neueren Entscheidungen hat der BGH oft die engere Definition verwendet[3]. Die Gerichtspraxis verwendet aber beide Definitionen ohne inhaltliche Unterscheidung[4].

➲ **Beratungshinweis:** Die Beweiserleichterung führt nicht zur Beweislastumkehr und geht bei einem non-liquet zulasten des Pflichtteilsberechtigten[5]. Die gesetzliche Vermutung für eine Schenkung in §§ 685, 1620 BGB hat praktisch keine Bedeutung[6].

Ein objektiv gegebener **Mehrwert von 20 % bis 25 %** kann die Beweislastregel auslösen[7]. Prozentangaben hat der BGH nicht genannt. Bei Leistungen zwischen Verwandten sollte ein Mehrwert von bis zu 25 % unerheblich sein[8]. Denn in diesem von *„persönlichen Beziehungen geprägten Bereich"* werden

1 BGH v. 21.6.1972 – IV ZR 221/69, NJW 1972, 1709; Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 13.

2 BGH v. 3.12.2008 – IV ZR 58/07, ZEV 2009, 77; BGH v. 1.2.1995 – IV ZR 36/94, ZEV 1995, 265; OLG Celle v. 8.7.2008 – 6 W 59/08, OLGReport 2008, 770; OLG Koblenz v. 9.8.2004 – 12 U 432/03, OLGReport 2005, 113.

3 BGH v. 14.2.2007 – IV ZR 258/05, ZEV 2007, 326 und BGH v. 17.4.2002 – IV ZR 259/01, NJW 2002, 2469 (auffallendes grobes Missverhältnis); OLG Bamberg v. 1.10.2007 – 6 U 44/07, OLGReport 2008, 523.

4 Vgl. BGH v. 3.12.2008 – IV ZR 58/07, ZEV 2009, 77; OLG Hamm v. 22.2.2005 – 10 U 134/04, BeckRS 2007, 10643.

5 *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 114.

6 BGH v. 1.2.1995 – IV ZR 36/94, ZEV 1995, 265.

7 *Gemmer*, EE 2008, 134 (135); *Kerscher/Riedel/Lenz*, § 9 Rz. 16; *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 39 (20 %); *Kasper* in Scherer, MAH Erbrecht, § 29 Rz. 124 (Kommentarliteratur zu § 7 ErbStG); *Stenger* in Scherer, MAH Erbrecht, § 32 Rz. 8 (20 %); wohl auch *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 138; a.A. *Cornelius*, Rz. 37 (bereits ab 5 %).

8 BGH v. 6.3.1996 – IV ZR 374/94, ZEV 1996, 197 (Wertdifferenz von 20 % unerheblich bei Übergabe gegen Nießbrauch und Übernahme aller laufender Lasten durch das Kind); BGH v. 21.6.1972 – IV ZR 221/69, NJW 1972, 1709 (30 % Differenz); BGH v. 3.12.2008 – IV ZR 58/07, ZEV 2009, 77 (Differenz von 14,4 % zwischen Abfindung und Wert des Erbverzichts unerheblich); OLG Koblenz v. 6.3.2006 – 6 W 114/06, ZErb 2006, 282 (Wertdifferenz von 18 % unerheblich); OLG Köln v. 5.10.2005 – 2 U 19/05, FamRZ 2007, 814 (Wertdifferenz von 24 % zwischen Eheleuten unerheblich); OLG Köln v. 3.8.1992 – 9 U 47/91, OLGReport 1993, 43 (Wertdifferenz von 20 % unerheblich bei Versorgung unter Verwandten); OLG Düsseldorf v. 17.2.1999 – 9 U 125/98, OLGReport 1999, 349 (10 % reichen in keinem Falle bei Versorgung unter Verwandten); OLG Koblenz v. 13.9.2001 – 5 U 1435/99, FamRZ 2002, 1029 (30 % unerheblich bei Verwandten/Unverkäuflichkeit bis zum Tode des Übergebers).

die Parteien den ohnehin nur „*schätzbaren Wert*" ihrer Leistungen erfahrungsgemäß kaum je exakt kalkulieren[1]. Deshalb ist für die einzelnen Leistungen von Werten auszugehen, die bei verständiger, die konkreten Umstände berücksichtigender Beurteilung noch als vertretbar gelten können. Insbesondere darf sich der Erblasser seine Verpflegung in gewohnter Umgebung etwas kosten lassen[2]. Ein nicht unerheblicher Bewertungsspielraum besteht bei Pflegeleistungen[3].

Auch bei üblichen Hofübergabeverträgen ist eine Schenkung nur mit Zurückhaltung anzunehmen[4].

➲ **Beratungshinweis:** Die objektive **Verkehrswertdifferenz** von Leistung und Gegenleistung ist **nicht** identisch mit der **ergänzungspflichtigen Schenkung**. Sie fängt da an, wo die Bewertung der Leistungen durch die Vertragspartner bei verständiger, die konkreten Umstände berücksichtigender Beurteilung nicht mehr vertretbar ist[5]. Der Richter kann aber den Schenkungsanteil nach dem objektiven Wertverhältnis berechnen, wenn sich die Parteien hierzu keine konkreten Vorstellungen gemacht haben[6]. Für die Frage, ob eine (gemischte) Schenkung vorliegt, sind alle Gegenleistungen und Auflagen – auch Nutzungsvorbehalte wie Wohnrecht oder Nießbrauch – vom Schenkungswert bei Vertragsabschluss abzuziehen (Stufe 1). Das Niederstwertprinzip in § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB greift erst, wenn der Tatbestand einer (gemischten) Schenkung feststeht (Stufe 2)[7]. 200

Nach BGH sind **nachträgliche Entgeltabreden** zwar zulässig. Zum Schutz des Pflichtteilsberechtigten erfolgt aber eine genaue Prüfung[8]. Der BGH fordert vom Erben substantiierten Vortrag, um das Willkürverbot[9], ein Schein- 201

1 BGH v. 1.2.1995 – IV ZR 36/94, ZEV 1995, 265 (§§ 516, 528 BGB).
2 OLG Bamberg v. 1.10.2007 – 6 U 44/07, OLGReport 2008, 523; OLG Oldenburg v. 1.7.1997 – 5 U 23/97, OLGReport 1998, 133; Palandt/*Edenhofer*, § 2325 BGB Rz. 19.
3 *Schindler*, ZErb 2004, 46 (51), s. Rz. 228.
4 BayObLG v. 22.5.1995 – 1 Z RR 62/94, BayObLGR 1995, 71; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 71; vgl. OLG Schleswig v. 14.8.2001 – 3 U 142/00, OLGReport 2002, 138.
5 BGH v. 17.4.2002 – IV ZR 259/01, NJW 2002, 2469; BGH v. 27.5.1981 – IVa ZR 132/80, NJW 1981, 2458; *Schindler*, ZErb 2004, 46 (50); Soergel/*Dieckmann*, § 2325 BGB Rz. 16; *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 115 (vernünftiger Rahmen maßgeblich).
6 BGH v. 14.12.2004 – X ZR 3/03, ZEV 2005, 213 (§§ 516, 530 BGB), a.A. *Müller*, EE 2008, 30 (33: Stets Abzug eines sog. Bewertungsspielraums von 10 % vom Immobilienwert, bevor eine gemischte Schenkung geprüft wird).
7 OLG Bamberg v. 1.10.2007 – 6 U 44/07, OLGReport 2008, 523; OLG Hamm v. 22.2.2005 – 10 U 134/04, BeckRS 2007, 10643; OLG Koblenz v. 6.3.2006 – 6 W 114/06, ZErb 2006, 282; OLG Braunschweig v. 16.10.2000 – 7 U 17/00, OLGReport 2001, 242.
8 BGH v. 15.3.1989 – IVa ZR 338/87, FamRZ 1989, 732; BGH v. 17.1.1996 – IV ZR 214/94, ZEV 1996, 186 (nachträgliche Vergütung für Pflegeleistungen); *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 119.
9 BGH v. 15.3.1989 – IVa ZR 338/87, FamRZ 1989, 732.

geschäft[1] (§ 117 BGB) und die objektive Vertretbarkeit und subjektive Angemessenheit[2] prüfen zu können.

Beispiel:

Nachträgliche Vergütungsvereinbarungen unter Ehegatten für Beistand und Hilfe sind zu verwerfen, soweit sie nicht deutlich über das in § 1360 BGB bestimmte Maß hinausgehen[3]. Danach ist eine angemessene nachträgliche Vergütung für langjährige eheliche Dienste „nicht die Regel"[4].

202 Insbesondere in Übergabeverträgen sind die Parteien bestrebt, die **objektive Gleichwertigkeit** von Leistung und Gegenleistung zulasten des Pflichtteilsberechtigten zu **fingieren**, sog. verschleierte Schenkungen[5].

Beispiele:

- Die Feststellung einer Schuld des Übergebers im Übergabevertrag, die aber zugleich – nun als Gegenleistung – wieder erlassen wird, spricht für ein **Scheingeschäft** nach § 117 BGB. Beliebt ist die Vereinbarung einer angeblichen **Darlehensschuld**. Im Pflichtteilsprozess hat der Erbe konkret darzulegen, wann, zu welchem Zweck, welche Geldbeträge als Darlehen gewährt wurden[6].
- **Gegenleistungen**, die nicht erfüllt werden, bleiben abzugsfähige Gegenleistungen. Hier bestehen nur Erfüllungsansprüche, die den Nachlass erhöhen. Ist aber im Vertrag eine Gegenleistung vereinbart worden, die „gleich" im Anschluss an den Vertragsschluss erlassen worden war, spricht viel dafür, dass ein Scheingeschäft vorliegt[7].
- Der Erbe kann sich bei notariell beurkundeten Verträgen weder auf § 416 ZPO noch auf die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit berufen, soweit der Pflichtteilsberechtigte nicht selbst Vertragspartner ist. Überdies besagt allein der vertragliche Titel „vorweggenommene Erbfolge" noch nichts über die Unentgeltlichkeit[8]. Die Klausel „Soweit die Leistung die Gegenleistung übersteigt, liegt eine gemischte Schenkung vor" kann keine gemischte Schenkung begründen, wenn Leistung und Gegenleistung bereits gleichwertig sind[9].

---

1 BGH v. 17.1.1996 – IV ZR 214/94, ZEV 1996, 186.
2 BGH v. 15.3.1989 – IVa ZR 338/87, FamRZ 1989, 732; Soergel/*Dieckmann*, § 2325 BGB Rz. 7, 15.
3 BGH v. 15.3.1989 – IVa ZR 338/87, FamRZ 1989, 732.
4 BGH v. 27.11.1991 – IV ZR 164/90, NJW 1992, 564.
5 MüKo/*Kollhosser*, § 516 BGB Rz. 28.
6 BGH v. 17.1.1996 – IV ZR 214/94, ZEV 1996, 186 (Darlehen/nachträgliche Vergütung für Pflegeleistungen); großzügiger OLG Oldenburg v. 23.3.1999 – 5 U 134/98, OLGReport 1999, 273.
7 BGH v. 27.5.1981 – IVa 132/80, NJW 1981, 2458 (Leibrente); OLG Köln v. 5.10.2005 – 2 U 19/05, FamRZ 2007, 814.
8 BGH v. 1.2.1995 – IV ZR 36/94, ZEV 1995, 565; OLG Frankfurt v. 10.9.2007 – 20 W 69/07, NJOZ 2008, 508 (§ 1804 BGB); OLG Köln v. 24.3.2000 – 19 U 103/99, OLGReport 2000, 416 (Motivation kann in § 1374 Abs. 2 BGB wurzeln).
9 OLG Düsseldorf v. 17.2.1999 – 9 U 125/98, OLGReport 1999, 349.

Der Pflichtteilsberechtigte hat den Wert des Nachlasses für seine Ansprüche aus §§ 2303, 2325 ff. BGB zu beweisen[1]. **Beweislast** bei gemischter Schenkung: 203

Pflichtteilsberechtigter	**Erbe/Beschenkter**
1. Behauptung und Beweis einer ausreichend großen Wertdifferenz zwischen Leistung und Gegenleistung (auffallendes grobes Missverhältnis[2]). Sämtliche Werte müssen von ihm bewiesen werden (keine Beweislastumkehr).	1. Substantiiertes Bestreiten[3] der Unentgeltlichkeit durch genaue Darlegung der Gegenleistungen. Die Darlegungslast gilt auch für die Verteidigung, dass eine ehebedingte Zuwendung ausnahmsweise nicht ergänzungspflichtig ist, z.B. als Altersvorsorge[4]. Beweislast für Gegenleistungen, die nicht im Vertrag angeführt sind[5].
2. Dann greift die tatsächliche Vermutung, die gemischte Schenkung sei von den Parteien gewollt.	2. Widerlegung der Vermutung über die Unentgeltlichkeit. Dies ist praktisch ausgeschlossen.
3. Beim Niederstwertprinzip (§ 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB) gilt: Der Pflichtteilsberechtigte hat den Wert des Geschenks zum Zeitpunkt des Erbfalls zu beweisen.	3. Beim Niederstwertprinzip (§ 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB) gilt[6]: Beruft er sich darauf, dass der Wert im Zeitpunkt der Schenkung geringer war, hat er den niedrigeren Wert zu diesem Stichtag zu beweisen.

Zur **Beratungssituation**: Das nachträglich vereinbarte Entgelt für die vergangene Pflegeleistung kann nach umstrittener Ansicht als Gegenleistung vereinbart werden. Sie mindert den Wert der Schenkung und damit den Pflichtteilsergänzungsanspruch.

bb) Keine ergänzungspflichtigen Zuwendungen

– Ausstattungen, soweit sie nicht im Übermaß gewährt wurden, § 1624 Abs. 1 BGB[7]. 204

– Böswilliges Verprassen des Erblassers zu Lebzeiten.

---

1 BGH v. 8.2.2007 – IX ZR 233/04, ZEV 2007, 280 (§ 2329 BGB); BGH v. 11.6.2003 – IV ZR 410/02, ZEV 2003, 265.

2 BGH v. 14.2.2007 – IV ZR 258/05, ZEV 2007, 326 mit Anm. *Kornexl;* OLG Hamm v. 22.2.2005 – 10 U 134/04, BeckRS 2007, 10643.

3 BGH v. 17.1.1996 – IV ZR 214/94, ZEV 1996, 186; *Klingelhöffer*, ZEV 2007, 361 (362).

4 *Klingelhöffer*, ZEV 2007, 361 (362); OLG Düsseldorf v. 31.1.1997 – 7 U 59/96, FamRZ 1997, 1110 (für gemeinschaftsbezogene Zuwendungen zwischen nichtehelichen Partnern).

5 BGH v. 27.5.1981 – IVa 132/80, NJW 1981, 2458.

6 OLG Düsseldorf v. 23.9.1994 – 7 U 198/93, FamRZ 1995, 1236; *Reiff*, ZEV 1998, 241 (243, Fn 26: nach dem gesetzlichen Regelfall ist der Wert zum Zeitpunkt des Erbfalls maßgeblich).

7 *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 125; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 14.

– Risikogeschäfte (sog. aleatorische Geschäfte)[1]. Sie zeichnen sich dadurch aus, dass die Vertragspartner das Risiko eines Vermögensverlusts tragen und die Chance eines Vermögensgewinns erhalten. Geht das Risiko aller Voraussicht nach nur zulasten einer Vertragspartei („Risikodisparität"), liegt eine verschleierte ergänzungspflichtige Schenkung vor[2]. Bei einem extremen Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung kann im Übrigen § 138 BGB eingreifen[3].

– Gegenseitige Zuwendungen auf den Todesfall sollen nach einer Ansicht[4] entgeltlich und pflichtteilsfest sein, wenn die Vertragspartner etwa gleich alt und gesund sind. Beispiel: Zwei Ehepartner oder Lebensgefährten verpflichten sich gegenseitig, ihren hälftigen Miteigentumsanteil an einer Immobilie auf den jeweils anderen zu übertragen unter der aufschiebenden Bedingung, dass der Übertragende verstirbt und der Erwerber den Übertragenden überlebt. Als auflösende Bedingung der Übertragungspflicht gilt der Erwerb des anderen Miteigentumsanteils. Indes ist eine vergleichbare Konstruktion vom BGH bislang nur beim abfindungslosen Ausscheiden eines verstorbenen Gesellschafters gebilligt worden, s. Rz. 253. In der Praxis dürfte überdies häufig eine Schenkung begründende „Risikodisparität" vorliegen, z.B. bei deutlichem Altersunterschied der Miteigentümer.

205 – **Schenkungen**, wenn seit ihrer Leistung bis zum Erbfall **zehn Jahre** verstrichen sind (anders bei Nutzungsvorbehalten und § 2325 Abs. 3 Satz 2 und 3 BGB).

– Schenkungen, soweit sie eine Anstands- und Pflichtschenkung darstellen, § 2330 BGB.

– Früchte, Nutzungen und Erträge eines Geschenks, z.B. Mieteinnahmen aus geschenktem Grundstück, Zinsen aus geschenktem Geld[5].

– Alle nichtigen Schenkungen. Der Nachlass wird nicht geschmälert, da Bereicherungsansprüche[6] bestehen. Rückabgewickelte Schenkungen lösen unabhängig vom Rückabwicklungsgrund keine Ergänzungsansprüche aus, s. Rz. 192.

---

1 Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 6 (gewagte und spekulative Geschäfte); *Kornexl*, Nachlassplanung bei Problemkindern, 2006, Rz. 682; *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 129.

2 *Kornexl*, Nachlassplanung bei Problemkindern, 2006, Rz. 682; Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 6; s. auch unten Rz. 253.

3 BGH v. 19.1.2001 – V ZR 437/99, NJW 2001, 1127.

4 *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 181 ff.; *Wegmann*, ZEV 1998, 135 (136); Gutachten DNotI v. 22.4.2002, Nr. 1268 zu §§ 2325, 1030, 1093, S. 2 (bei wechselseitiger Einräumung von Nutzungsrechten unter Miteigentümern).

5 *Cornelius*, Rz. 495.

6 Soergel/*Dieckmann*, § 2325 BGB Rz. 11; *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 137; Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 50.

– Nicht vollzogene Schenkungen auf den Todesfall gemäß § 2301 BGB[1]. Sie sind als Vermächtnisse zu sehen, die für den Pflichtteil nach § 2303 BGB nicht abgezogen werden.

– Schenkung **nicht verbrauchbarer** Sachen, die vor dem Erbfall wegfallen oder untergehen. Dem Nachlass ist nichts hinzuzurechnen.

– Unterhaltsleistungen.

– Verjährenlassen von Forderungen oder deren Erfüllung[2]. 206

– Fälle von § 517 BGB.

Beispiele:

Nichtausübung eines Gestaltungsrechts, Gewährung eines zinslosen Darlehens[3], Verzicht auf ein angefallenes, noch nicht endgültig erworbenes Recht (aufschiebend bedingtes Recht nach § 158 Abs. 1 BGB[4], aufschiebend befristetes Recht), Ausschlagung Erbschaft oder Vermächtnis[5].

– Grundstücksübertragung des nicht befreiten Vorerben auf den Nacherben[6] bzw. Unterlassen der Geltendmachung des Pflichtteils durch den Vorerben zugunsten des Nacherben[7].

– Die Vereinbarung einer **unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung** einer Wohnung ist selbst bei langer Dauer eine Leihe (§ 598 BGB) und keine Schenkung[8]. Eine Gefälligkeitsmiete ist ebenso wenig eine Schenkung. § 2325 BGB sollte auf diese Fälle nicht analog angewendet werden (streitig). Der BGH hat für das Erbrecht inzwischen festgehalten, dass §§ 2287, 2325 BGB mangels Schenkung nicht anwendbar sind. Damit ist die früher vom BGH offen gelassene Frage stillschweigend beantwortet, was gelten soll, wenn die Leihe „*wirtschaftlich einer Weggabe von Subsatnz nahe kommt*“[9]. Demgegenüber liegt in der unentgeltlichen Bestellung eines lebenslangen Nießbrauchs (**Zuwendungsnießbrauch**, s. Rz. 226) eine Schenkung, da das

1 MüKo/*Lange*, § 2325 BGB Rz. 13; Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 4.
2 Soergel/*Dieckmann*, § 2325 BGB Rz. 33; *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 133.
3 Erman/*Herrmann*, § 516 BGB Rz. 10; Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 47; Palandt/*Weidenkaff*, § 516 BGB Rz. 5; a.A. OLG Stuttgart v. 24.8.2004 – 10 U 35/04, OLGReport 2005, 489 (Zinsvorteil).
4 *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 134; Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 48 (nicht die auflösend bedingte Zuwendung nach § 158 Abs. 2 BGB oder Erlass eines nicht fälligen Rechts).
5 *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 134.
6 Hierin kann nur die Schenkung von Nutzungen liegen, vgl. BGH v. 26.9.2001 – IV ZR 198/00, ZEV 2002, 21.
7 BGH v. 26.9.2001 – IV ZR 198/00, ZEV 2002, 21.
8 Auch bei Überlassung auf Lebenszeit: BGH v. 11.12.1981 – V ZR 247/80, NJW 1982, 820; BGH v. 20.6.1984 – IVa ZR 34/83, NJW 1985, 1553 (auch soweit das Wohnrecht über den Erbfall hinaus bestehen bleiben soll); BGH v. 1.7.1987 – IVb ZR 70/86, NJW 1987, 2816.
9 BGH v. 20.6.1984 – IVa ZR 34/83, NJW 1985, 1553.

Rückforderungsrecht nach § 605 Nr. 1 BGB nicht greift[1]. Entsprechendes gilt für ein Wohnrecht nach § 1093 BGB.

– Unentgeltliche **Arbeits- und Dienstleistungen** sind i.d.R. keine Schenkungen, da es an einer Vermögensminderung des Leistenden fehlt[2].

cc) Schenkung unter Auflage

207 Die Auflage begründet dogmatisch keine Gegenleistung, sondern eine rechtlich selbstständige Leistungspflicht, § 525 BGB. Geschenkt ist das gesamte Zuwendungsobjekt, nicht nur der nach Erfüllung der Auflage verbleibende Restwert[3].

Beispiele:

Wohnrechtsvorbehalt[4] und **Pflegeverpflichtung** (streitig)[5].

Der BGH[6] stellt die Auflage im Rahmen von § 2325 BGB aber einer „echten" Gegenleistung gleich. Dem ist zuzustimmen[7]. Eine genaue Abgrenzung kann mithin unterbleiben[8]. Die Vollziehung einer Schenkung unter der Auflage, den Schenkungsgegenstand spätestens mit dem Tode des Erstbedachten auf den vom Schenker bestimmten Zweitbedachten zu übertragen (schuldrechtliche **Weiterleitungsklausel**), stellt im Verhältnis zum Zweitbedachten eine Schenkung des Schenkers – nicht des Erstbedachten – dar[9].

dd) Abfindung für Erb- und/oder Pflichtteilsverzicht als Schenkung

208 Umstritten ist, ob die Abfindung für einen Erb- **und** Pflichtteilsverzicht (§ 2346 Abs. 1 BGB) eine Schenkung darstellt[10]. Eine Meinung verneint dies, da ein entgeltlicher Vertrag vorliege[11]. Nach überwiegender Ansicht ist die

---

1 *Reiff*, ZEV 1998, 241.
2 BGH v. 1.7.1987 – IVb ZR 70/86, NJW 1987, 2816.
3 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 26; *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 124.
4 BGH v. 8.3.2006 – IV ZR 263/04, ZEV 2006, 265; BGH v. 17.1.1996 – IV ZR 214/94, ZEV 1996, 186; *Schindler*, ZErb 2006, 16 (17 f. m.w.N.).
5 BGH v. 8.3.2006 – IV ZR 263/04, ZEV 2006, 265; BGH v. 7.4.1989 – V ZR 252/87, MDR 1989, 803; *Schindler*, ZErb 2006, 16 (17 m.w.N.).
6 BGH v. 8.3.2006 – IV ZR 263/04, ZEV 2006, 265; BGH v. 17.1.1996 – IV ZR 214/94, ZEV 1996, 186.
7 *Reiff*, FamRZ 1992, 363; *Kerscher/Riedel/Lenz*, § 9 Rz. 33; MüKo/*Lange*, § 2325 BGB Rz. 14; OLG Hamburg v. 20.8.1991 – 2 U 30/90; FamRZ 1992, 228; Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 105; *Stenger* in Scherer, MAH Erbrecht, § 32 Rz. 11; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 27; *Worm*, RNotZ 2003, 535 (545); *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 124.
8 A.A. für Wertermittlung nach § 2314 BGB, *Schindler*, ZErb 2006, 16 (17).
9 *Feick*, ZEV 2002, 85 (89). Dies ist i.d.R. keine empfehlenswerte Gestaltung (Entwertung der Sache als Kreditgrundlage/Wertminderung und Beschränkungen bis zum Weiterleitungsfall), *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 1629.
10 Ausführliche Übersicht bei *Cornelius*, Rz. 65–103.
11 Erman/*Schlüter*, vor § 2346 BGB Rz. 3 und § 2325 BGB Rz. 1; *Coing*, NJW 1967, 1777 (1778); *Kasper* in Scherer, MAH Erbrecht, § 29 Rz. 134.

Abfindung nur der Pflichtteilsergänzung unterworfen, soweit sie über die Erberwartung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses hinausgeht[1]. Dahin tendierte auch der BGH, der diese Frage zunächst ausdrücklich offen gelassen hat[2]. Jüngst hat er entschieden, dass die Abfindung jedenfalls pflichtteilsfest ist, wenn sie sich „*in dem Zeitpunkt, in dem sie erbracht wird, der Höhe nach im Rahmen der Erberwartung des Verzichtenden hält*“[3]. Dafür zählt der Wert des Erbteils, auf den verzichtet wird, nicht nur der Wert des Pflichtteils. Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt hierfür ist der Vertragsabschluss, obwohl der BGH im zweiten Leitsatz auf den Zeitpunkt der Leistung der Abfindung abgestellt hat. Die Begründung des BGH ist dogmatisch konturlos[4]. Gleichwohl hat sich die Praxis auf die neue Rechtsprechung einzustellen, die weiterer Präzisierung bedarf. Andere gehen grundsätzlich von einer Schenkung aus[5]. Dem ist zuzustimmen. Andernfalls könnte der Erblasser durch Zuwendungen an seine gesetzliche Erben einen Pflichtteilsberechtigten von der Nachlassteilhabe gegen den Schutzzweck von § 2325 BGB ausschließen. Ferner stellt das zukünftige Erbrecht nur eine Erwerbschance dar und ist wirtschaftlich unwägbar. Für die Schenkung spricht auch der wirtschaftlich vergleichbare Fall einer Zuwendung nach § 2315 BGB[6]. Im Übrigen geht § 7 Abs. 1 Nr. 5 ErbStG von einer Schenkung aus. Ansprüche aus § 2325 BGB sind aber im Wege einschränkender Auslegung zu kürzen, soweit der Pflichtteilsberechtigte durch die Erhöhung der Quote nach § 2310 Satz 2 BGB einen Wertzuwachs erhalten hat[7]. Danach besteht kein Ergänzungsanspruch, wenn die Verringerung des Nachlasses infolge der Abfindung durch die Erhöhung der Erbquote ausgeglichen wird. Das ist aber z.B. nicht der Fall, wenn kein Nachlass vorhanden ist.

Die Abfindung für einen reinen **Pflichtteilsverzicht** (§ 2346 Abs. 2 BGB), der nach § 2310 BGB nicht zur Erhöhung der Pflichtteilsquote führt, ist nach zu- 209

1 *Theiss/Boger*, ZEV 2006, 143 (145); *Rheinbay*, ZEV 2000, 278 (279); Palandt/*Edenhofer*, § 2325 BGB Rz. 16; MüKo/*Lange*, § 2325 BGB Rz. 17 (Einzelfallabwägung); Soergel/*Dieckmann*, § 2325 BGB Rz. 18 (einschränkend, da der Verzicht Abkömmlinge erfassen muss); *Klingelhöffer*, Rz. 351; *Lange/Kuchinke*, § 37 IX 2 f.); *Worm*, RNotZ 2003, 535 (546); *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 136 (einschränkend, da Erblasser durch den Verzicht seine Testierfreiheit zurückerlangen muss).

2 BGH v. 8.7.1985 – II ZR 150/84, NJW 1986, 127.

3 BGH v. 3.12.2008 – IV ZR 58/07, ZEV 2009, 77 mit zutreffender kritischer Anm. *Schindler.*

4 Der BGH stützt sich ohne nähere Begründung auf § 2310 BGB, der über eine Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit eines Rechtsgeschäfts unmittelbar nichts aussagt. S. auch *Schindler*, ZEV 2009, 80 f. (Chance zu vertiefter Auseinandersetzung nicht ergriffen).

5 OLG Hamm v. 18.5.1999 – 10 U 65/98, ZEV 2000, 277; *Gottwald*, § 2325 BGB Rz. 21; Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 7 ff. und Staudinger/*Schotten*, § 2346 BGB Rz. 122 ff.; *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 50, 52; *Kerscher/Riedel/Lenz*, § 9 Rz. 70; *Speckmann*, NJW 1970, 117.

6 Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 8.

7 OLG Hamm v. 18.5.1999 – 10 U 65/98, ZEV 2000, 277 mit Anm. *Rheinbay*; Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 9; MüKo/*Lange*, § 2325 BGB Rz. 17 (Einzelfallabwägung); MüKo/*Lange*, § 2325 BGB Rz. 17; ablehnend *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 54; *Kornexl*, Nachlassplanung bei Problemkindern, 2006, Rz. 691.

treffender Ansicht eine Schenkung[1]. Nach **a.A.** gilt das nur für den „überdotierten Pflichtteil"[2]. Die jüngste Entscheidung des BGH[3] zum Erbverzicht ist nicht übertragbar, da § 2310 BGB hier keine Rolle spielen kann[4]. Eine **a.A.**[5] geht i.d.R. von einer Ausstattung nach § 1624 BGB aus, die nur als Übermaßausstattung der Ergänzungspflicht unterliegt.

ee) Ehebedingte Zuwendungen

210 Es gibt zwei Erscheinungsformen der ehebedingten (ehebezogenen bzw. unbenannten) Zuwendung.

– Solche, mit denen ein Ehegatte dem anderen einen Vermögenswert um der Ehe willen und als Beitrag für die Verwirklichung und Ausgestaltung, Erhaltung oder Sicherung der ehelichen Lebensgemeinschaft zukommen lässt, wobei er im Unterschied zur Schenkung die Erwartung hegt, dass die eheliche Lebensgemeinschaft Bestand hat[6]. Dazu zählen Zuwendungen, die einen Ausgleich für geleistete Mitarbeit, eine angemessene Beteiligung an den Früchten des ehelichen Zusammenwirkens oder allgemein die Vermögensbildung des begünstigten Ehegatten bezwecken[7]. Beispiele sind das Allein- oder Miteigentum an der finanziellen Grundlage des Zusammenlebens wie Familienheim, Eigentumswohnung, Wertpapierdepot oder Bankguthaben[8]. Dem liegt ein im Gesetz nicht ausdrücklich geregelter familienrechtlicher Vertrag sui generis zugrunde, der güterrechtsunabhängig ist[9]. Zuwendungen unter Ehegatten sind nach BGH i.d.R. ehebedingte Zuwendungen und keine Schenkungen[10].

---

1 BGH v. 28.1.1991 – IX ZR 74/90, NJW 1991, 1610 („in aller Regel" für Pflichtteilsverzicht im AnfG); *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 50; *Speckmann*, NJW 1979, 117 (119).

2 *Klingelhöffer*, Rz. 351a; Palandt/*Edenhofer*, § 2346 BGB Rz. 16 und § 2325 BGB Rz. 16.

3 BGH v. 3.12.2008 – IV ZR 58/07, ZEV 2009, 77.

4 Ebenso *Limmer*, ZEV 2009, 1146.

5 MüKo/*Lange*, § 2325 BGB Rz. 17 und *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 53; *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 136; differenzierend und auf Vergleichsbetrachtung im Erbfall abstellend *Kornexl*, Nachlassplanung bei Problemkindern, 2006, Rz. 689 ff.

6 BGH v. 28.3.2006 – X ZR 85/04, NJW 2006, 230 (Abgrenzung zur Schenkung erforderlich); BGH v. 30.6.1999 – XII ZR 230/96, ZEV 1999, 398 (Abgrenzung zu Leistungen innerhalb einer Ehegatteninnengesellschaft); hierzu *Langenfeld*, ZEV 2000, 14 f.; MüKo/*Kollhosser*, § 516 BGB Rz. 68.

7 MüKo/*Kollhosser*, § 516 BGB Rz. 68 (m.w.N.); *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 1749 ff.

8 MüKo/*Kollhosser*, § 516 BGB Rz. 64 (m.w.N.); *Stenger* in Scherer, MAH Erbrecht, § 32 Rz. 18.

9 BGH v. 27.11.1991 – IV ZR 164/90, NJW 1992, 564; *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 138.

10 BGH v. 28.3.2006 – X ZR 85/04, NJW 2006, 2330; BGH v. 24.3.1983 – IX ZR 62/82, NJW 1983, 1611; BGH v. 27.11.1991 – IV ZR 164/90, NJW 1992, 564; *Kollhosser*, NJW 1994, 2313 (2315); *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 140; anders bei eindeutigem Wortlaut einer Notarurkunde von 1995, OLG Köln v. 5.10.2005 – 2 U 19/05, FamRZ 2007, 814.

– Der Abschluss von güterrechtlichen Vereinbarungen ist die zweite Fallgruppe[1], s. Rz. 214. Der BGH behandelt sie unterschiedlich.

211 Ehebedingte Zuwendungen, die im Verhältnis zwischen den Ehegatten nach h.M. keine Schenkung[2] darstellen, können Pflichtteilsergänzungsansprüche nach § 2325 BGB begründen.

– Der **BGH**[3] behandelt die ehebedingte Zuwendung im Erbrecht wie eine Schenkung, soweit sie nur **objektiv unentgeltlich** ist. Der Parteiwille ist unerheblich. Objektive Entgeltlichkeit liegt nur vor, soweit die Zuwendung unterhaltsrechtlich nach §§ 1360 ff. BGB[4] geschuldet war (z.B. für eine angemessene Alterssicherung) oder eine konkrete Gegenleistung des anderen Ehegatten angemessen vergütet hat[5]. Ehebedingte Zuwendungen sind nach dem BGH „*im Regelfall objektiv unentgeltlich*". Die Ausnahme einer entgeltlichen Zuwendung hat der Erbe oder der begünstigte überlebende Ehegatte nach § 2329 BGB darzulegen und zu **beweisen**[6]. Diese Grundsätze sind entsprechend anzuwenden auf sog. gemeinschaftsbezogene Zuwendungen in einer **nichtehelichen Lebensgemeinschaft**[7] oder in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft. Auf den Versorgungsaspekt der Alterssicherung dürfen sich Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft mangels Unterhaltsanspruchs nicht berufen[8].

---

1 *Lange/Kuchinke*, §37 IX 2d).

2 BGH v. 27.11.1991 – IV ZR 164/90, NJW 1992, 564; ebenso OLG Frankfurt v. 8.4.1994 – 10 U 166/93, OLGReport 1994, 129; *Lipp*, FS Schwab, Zuwendungen an den Partner zwischen Familien- und Erbrecht, 2005, 529 (530 ff.); *Kollhosser*, NJW 1994, 2313 (2314 f.); *Jaeger*, DNotZ 1991, 431; BFH v. 2.3.1994 – II R 59/92, ZEV 1994, 188 (ehebedingte Zuwendungen sind vorbehaltlich des Freibetrags steuerpflichtig, § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG).

3 BGH v. 27.11.1991 – IV ZR 164/90, NJW 1992, 564 (Wächterrolle für den Pflichtteilsberechtigten); zustimmend MüKo/*Kollhosser*, § 516 BGB Rz. 67, 70; *Kollhosser*, NJW 1994, 2313 (2316); *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 1839. Ausführlich *Hartl*, Die unbenannte Zuwendung und ihre Drittwirkung in der Vertragsgestaltung, 2001 (Fallgruppen S. 152–162); *Lipp*, FS Schwab, Zuwendungen an den Partner zwischen Familien- und Erbrecht, 2005, 529 (534: Fallgruppen).

4 Beispiele MüKo/*Wacke*, § 1360a BGB Rz. 3–8; BGH v. 11.11.1981 – IVa ZR 235/80, NJW 1982, 436 (Ehegatte hat über seinen eigenen Tod hinaus für zukünftigen Unterhalt des anderen Ehegatten zu sorgen).

5 BGH v. 27.11.1991 – IV ZR 164/90, NJW 1992, 564.

6 *Klingelhöffer*, ZEV 2007, 361 (362); OLG Düsseldorf v. 31.1.1997 – 7 U 59/96, FamRZ 1997, 1110.

7 MüKo/*Lange*, § 2325 BGB Rz. 15; Erman/*Schlüter*, § 2325 BGB Rz. 1; OLG Düsseldorf v. 31.1.1997 – 7 U 59/96, FamRZ 1997, 1110; *Lipp*, FS Schwab, Zuwendungen an den Partner zwischen Familien- und Erbrecht, 2005, 529 (532). Zur sittlichen Versorgungspflicht nichtehelicher Partner s. BGH v. 10.11.1982 – IVa ZR 83/81, NJW 1983, 674; BGH v. 7.3.1984 – IVa ZR 152/82, NJW 1984, 2939. Zur Rückabwicklung gescheiterter gemeinschaftsbezogener Zuwendungen BGH v. 9.7.2008 – XII ZR 179/05, NJW 2008, 3277; BGH v. 9.7.2008 – XII ZR 39/06, NJW 2008, 3282; hierzu v*on Proff*, NJW 2008, 3266 ff.; *Langenfeld*, ZEV 2008, 494 f.

8 OLG Düsseldorf v. 3.1.1997 – 7 U 59/96, NJW-RR 1997, 1497; MüKo/*Wacke*, nach § 1302 BGB Rz. 26; *Klingelhöffer*, Rz. 347. Dann ist § 2330 BGB zu prüfen.

– Die überwiegende Literatur wendet sich gegen eine als zu pauschal empfundene Ergänzungspflicht. Im Kern wird auf die legitime Vermögensteilhabe des Ehegatten abgestellt und eine einschränkende Anwendung von § 2325 BGB befürwortet. Über die dogmatische Konstruktion besteht Uneinigkeit: Nach einer **Meinung** sind ehebezogene Zuwendungen entgeltliche Geschäfte, soweit nicht analog § 1624 BGB eine übermäßige Zuwendung oder Rechtsmissbrauch vorliegen[1]. Nach **a.A.**[2] ist die Zuwendung ergänzungsfest, soweit bei großzügiger Auslegung § 2330 BGB erfüllt bzw. eine nachträgliche Entgeltvereinbarung unter Ehegatten gerechtfertigt ist. Nach **a.A.**[3] ist für im gesetzlichen Güterstand lebende Ehegatten die Zuwendung ergänzungsfest, soweit sie einem fiktiven Zugewinnanspruch entspricht. **Andere**[4] schlagen eine Interessenabwägung im Einzelfall vor, bei der die Belange des Ehegatten verstärkt zu berücksichtigen sind. Nach **a.A.**[5] ist jede „auf eine gleichmäßige Vermögensteilhabe abzielende unbenannte Zuwendung pflichtteilsfest".

– Zur umgekehrten Frage, ob ehebedingte Zuwendungen an den Erblasser den Nachlass schmälern können, s. Rz. 61.

212 Der BGH hat **keine Abgrenzungskriterien** entwickelt[6], wann die Zuwendung pflichtteilsergänzungsfest ist. Er darf nicht dahin missverstanden werden, dass im Interesse des Pflichtteilsberechtigten Einzelzuwendungen zwischen Ehegatten isoliert und aus dem Gesamtzusammenhang gelöst zu betrachten seien[7]. Andernfalls drohen „*unbillige Ergebnisse*"[8]. Das gilt im Lichte der Gleichwertigkeit von Familien- und Erwerbsarbeit, aus dem grundsätzlich für beide Ehegatten bereits während der Ehe und darüber hinaus ein Anspruch auf Teilhabe am gemeinsam Erwirtschafteten folgt (sog. Halbteilungsgrund-

1 Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 27 (dies sei der Fall, wenn die Zuwendungen die Hälfte des Vermögens des Zuwendenden übersteigen); ebenso *Otte*, FS von Lübtow, 1991, 305 (314); *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 138; *Lange/Kuchinke*, § 37 IX 2 ß(1); *Progl*, ZErb 2008, 288 (292); *Apfelbacher*, Ehebedingte Zuwendungen und Ehegatteneigenheimgesellschaften, 1993, S. 90 ff.; ähnlich *Klingelhöffer*, NJW 1993, 1097 (1111).

2 Soergel/*Dieckmann*, § 2325 BGB Rz. 17; Staudinger/*Olshausen*, § 2330 BGB Rz. 6, 7 (§ 2330 BGB bietet Möglichkeit einer adäquaten Beurteilung); *Lipp*, FS Schwab, Zuwendungen an den Partner zwischen Familien- und Erbrecht, 2005, 529 (541: hilfsweise); *Klingelhöffer*, Rz. 349 (erwägend).

3 *Langenfeld*, ZEV 1997, 6; *Hayder*, DNotZ 2000, 681 (690); *Brambring*, ZEV 1997, 7 (8); *Lipp*, FS Schwab, Zuwendungen an den Partner zwischen Familien- und Erbrecht, 2005, 529 (549: Zugewinnausgleich ist entgeltlich, soweit er im Erbfall bestehen würde und dieser vorweg erfüllt wird); a.A. *Müko/Lange*, § 2325 BGB Rz. 16 (Fn. 80); *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 27.

4 *KerscherRiedel/Lenz*, § 9 Rz. 51 ff.; MüKo/*Lange*, § 2325 BGB Rz. 15 f. (Angemessenheitsprüfung bei Altersvorsorge).

5 *Worm*, RNotZ 2003, 535 (541).

6 *Klingelhöffer*, NJW 1993, 1097 (1100).

7 MüKo/*Lange*, § 2325 BGB Rz. 15.

8 Palandt/*Edenhofer*, § 2325 BGB Rz. 10.

satz), umso mehr[1]. In der **Gerichtspraxis** bleiben die Literaturstimmen aber bislang unberücksichtigt. Es besteht **Rechtsunsicherheit**[2].

Fallgruppen:

– **Alterssicherung:** Nach BGH ist nur die unterhaltsrechtlich geschuldete „angemessene Alterssicherung" pflichtteilsfest. Dies gilt auch für eine Lebensversicherung, Rechtsgedanke § 1361 Abs. 1 Satz 2 BGB[3]. Der BGH stellt darauf ab, in welchem Umfang für die Zukunft des Ehegatten und dessen Alter bereits vorgesorgt ist[4]. Entscheidend sind die konkreten Einkommens-, Renten- und güterrechtlichen Verhältnisse der Eheleute[5], nicht die durchschnittlichen Verhältnisse. Im Unterhaltsrecht ist ein Anspruch auf ergänzende Altersvorsorge anerkannt, da mit den Beiträgen zur Rentenversicherung keine angemessene Altersvorsorge (mehr) erreicht werden kann und deshalb durch Eigenvorsorge der Lebensstandard zu sichern ist[6]. Dies kann auch in Form von Immobilien, Risiko- oder Kapitallebensversicherungen, Sparbüchern und Fondsbeteiligungen geschehen[7]. Im Pflichtteilsrecht entscheiden Instanzgerichte aber teilweise engherzig und kaum vorhersehbar[8]. Nach anderer **überzeugender Meinung** hat auch die über die unterhaltsrechtlich geschuldete Absicherung hinausgehende Altersvorsor-

1 BVerfG v. 5.2.2002 – 1 BvR 105/95, NJW 2002, 1185, auch BVerfG v. 20.5.2003 – 1 BvR 237/97, NJW 2003, 2819; *Klingelhöffer*, Rz. 348. Der BGH führt diese Rspr. im Unterhaltsrecht weiter, BGH v. 5.5.2004 – XII ZR 10/03, NJW 2004, 2303. Diesen Aspekt hervorhebend *Worm*, RNotZ 2003, 535 (541); *Ponath*, ZEV 2006, 49, (53: zur Gläubigeranfechtung bei Güterstandswechsel).

2 Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 26; *Klinger*, NJW-Spezial 2008, 327.

3 BGH v. 27.11.1991 – IV ZR 164/90, NJW 1992, 564; Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 37; *Progl*, ZErb 2008, 288 (292); MüKo/*Lange*, § 2325 BGB Rz. 22.

4 BGH v. 27.9.1995 – IV ZR 217/93, NJW-RR 1996, 133; BGH v. 27.11.1991 – IV ZR 164/90, NJW 1992, 564; BGH v. 7.1.1972 – IV ZR 231/69, NJW 1972, 580; *Klingelhöffer*, NJW 1993, 1097 (1100).

5 BGH v. 27.9.1995 – IV ZR 217/93, NJW-RR 1996, 133; BGH v. 27.11.1991 – IV ZR 164/90, NJW 1992, 564; BGH v. 7.1.1972 – IV ZR 231/69, NJW 1972, 580 (Beteiligung an einer Wertpapieranlage bei einer nicht erwerbstätigen, im Güterstand der Gütertrennung lebenden Ehefrau).

6 *Borth*, NJW 2008, 326 (327, m.w.N.); *Ruland*, Das Soziale im Spannungsfeld von Solidarität und Subsidiarität, 2005, 1 (19: Der Sozialstaat sollte eine Eigenvorsorge zur Pflicht machen).

7 *Borth*, NJW 2008, 326 (329, m.w.N.).

8 Restriktiv: OLG Koblenz v. 13.7.2006 – 7 U 1801/05, OLGReport 2007, 53 (ablehnend bei Bezugsrecht einer Versicherung von 70000 Euro); LG Göttingen v. 23.3.2007 – 4 S 6/06, ZEV 2007, 386 (ablehnend bei Bezugsrecht einer Versicherung von 21400 Euro für eine Witwe mit 600 Euro monatlicher Rente); OLG Koblenz v. 9.8.2004 – 12 U 432/03, OLGReport 2005, 113 (Zuwendung von 22000 DM nicht pflichtteilsfest). Großzügig: OLG Düsseldorf v. 13.10.2000 – 7 W 71/00, OLGReport 2001, 138 (Hinterbliebenenversorgung über rund 142000 DM pflichtteilsfest); LG München I v. 4.9.2007 – 6 O 7283/07 (nicht veröffentlicht: monatliche Hinterbliebenenrente von 1394 Euro angemessen und pflichtteilsfest. Die Ehegattin und Alleinerbin hat nach dem Erbfall insgesamt monatliche Einnahmen von 3500 Euro. Der reale Nachlass nach Abzug der Kinderpflichtteile betrug 471816 Euro. Zusätzlich hat die Witwe eigenes Vermögen von 200000 Euro).

ge Bestandskraft[1], so lange sie bei großzügiger Würdigung der Verhältnisse angemessen ist. Jedenfalls zählen die Verhältnisse im Zeitpunkt der Zuwendung, nicht im Erbfall. Dieser Beurteilungszeitpunkt gilt nach h.M. auch für Anstands- und Pflichtschenkungen nach § 2330 BGB.

– In der Einrichtung eines **Oderkontos** liegt eine ehebedingte Zuwendung, wenn das Konto überwiegend vom Vermögen eines Ehegatten gespeist wurde[2], s. Rz. 27. Ob die Zuwendung pflichtteilsfest ist, richtet sich nach den vorbezeichneten Grundsätzen. Entsprechendes gilt für sonstige Geldanlagen der Ehegatten[3]. Die Begründung einer Mitberechtigung an Geldanlagen kann schenkungsteuerpflichtig sein[4].

213 – **Zuwendung eines Familienwohnheims:** Nach verbreiteter Ansicht[5] ist die hälftige Übertragung von Miteigentum auf den Ehegatten stets ergänzungsfest. Hierfür könnte die Entscheidung des Gesetzgebers in § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG sprechen[6]. Gewichtige Stimmen in der Literatur und die Instanzgerichte[7] lehnen dies aber ab.

---

1 MüKo/Lange, § 2325 BGB Rz. 15; *Kerscher/Riedel/Lenz*, § 9 Rz. 47 ff.; *Klingelhöffer* NJW 1993, 1097, 110 (Maßstab sei der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegattenund ZEV 2007, 361 (362); *Worm*, RNotZ 2003, 535 (541).

2 Palandt/*Grüneberg*, § 430 BGB Rz. 2; *Ott-Eulberg/Schebasta/Bartsch*, Erbrecht und Banken, § 3 Rz. 145 f.; Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 57; Erman/*Ehmann*, § 430 BGB Rz. 5 (Schenkung des gesamten oder eines Teils des Guthabens); vgl. BGH v. 17.6.1992 – IV ZR 88/91, NJW 1992, 2630 (§ 2287 BGB: großzügig zugesprochenes lebzeitiges Eigeninteresse, dass Erblasser mit 61 Jahren seine 52 Jahre alte Frau an Oderkonten in Millionenhöhe mitberechtigt).

3 BGH v. 7.1.1972 – IV ZR 231/69, NJW 1972, 580 (Beteiligung an einer Wertpapieranlage bei einer nicht erwerbstätigen, im Güterstand der Gütertrennung lebenden Ehefrau).

4 BFH v. 22.8.2007 – II R 33/06, ZEV 2007, 599 (Leibrente nach § 428 BGB: Innenverhältnis maßgeblich); *Götz*, ZEV 2003, 65 ff.

5 *Langenfeld*, ZEV 1997, 7 f.; *Langenfeld*, ZEV 1994, 129 (133); *Lange/Kuchinke*, § 37 IX 2 ß (1); *Klingelhöffer*, Rz. 348 ff. und NJW 1993, 1097 (1100); *Kerscher/Riedel/Lenz*, § 9 Rz. 47, 60; *Hayder*, DNotZ 2000, 681 (685); *Apfelbacher*, Ehebedingte Zuwendungen und Ehegatteneigenheimgesellschaften, 1993, S. 116 ff. (stets pflichtteilsergänzungsfest); *Worm*, RNotZ 2003, 535 (541).

6 Befreiung von Schenkungsteuer, soweit die zum „engeren Kern der Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft zu rechnenden Übertragungen von Eigentum und Miteigentum am inländischen Familienwohnheim" betroffen sind.

7 OLG Frankfurt v. 8.4.1994 – 10 U 166/93, OLGReport 1994, 129; OLG Koblenz v. 13.7.2006 – 7 U 1801/05, OLGReport 2007, 53 (Zuwendung von 200000 Euro für neuen Wohnraum nicht pflichtteilsfest); LG Ellwangen v. 22.2.2008 – 1 S 170/07, EE 2008, 76 (Übertragung von ½-Miteigentum am Familiengrundstück keine Altersabsicherung und kein vorweggenommener Zugewinn); LG München I v. 19.1.2009 – 15 O 14035/06 (nicht veröffentlicht: Zuwendung einer Ferienimmobilie im Jahre 1980 von 160000 Euro keine pflichtteilsfeste Altersabsicherung. Die Ehegattin und Alleinerbin hat nach dem Erbfall eine Rente von 996 Euro und eine Witwenrente von 96 Euro. Der reale Nachlass nach Abzug des Kinderpflichtteils betrug 102750 Euro. Im Nachlass ist ½-Miteigentumsanteil am Familiengrundstück, der andere Miteigentumsanteil gehört der Alleinerbin. Zusätzlich hat sie eigenes Vermögen in Form eines kleinen Appartements mit 29 qm mit einer Bruttomonatsmiete von 430 Euro); *Brambring*, ZEV 1996, 248 (251) und ZEV 1997, 7; *Dickhuth-Harrach*, S. 220; *J. May-*

– **Haushaltstätigkeit:** Nach anerkannter Ansicht des BGH[1] stellt die Tätigkeit auch dann keine Gegenleistung dar, wenn sie über das gebotene Maß hinausgeht, § 1360b BGB. Das gilt auch für die über den Unterhalt hinausgehenden vielfältigen Dienste und Hilfen, die Ehegatten füreinander leisten[2]. Soweit die ehebedingte Zuwendung aber eine angemessene **nachträgliche Vergütung** für Dienste darstellt, die der Erwerber vor oder nach Eheschließung geleistet hat, ist sie ergänzungsfest[3]. Als **praxisrelevant** verbleibt nur die Mitarbeit eines Ehegatten im Unternehmen des anderen[4].

– Nach *Worm* liegt darüber hinaus stets eine pflichtteilsfeste Zuwendung vor, sofern bei fiktiver Trennung ein Ausgleichsanspruch des bedachten Ehegatten wegen Dienst-, Sach- oder Geldleistungen bestünde[5].

➲ **Beratungshinweis:** Der BGH behandelt ehebedingte Zuwendungen im Erbrecht seit 27.11.1991[6] grundsätzlich wie eine Schenkung. Diese Rechtsprechung hat Rückwirkung auf frühere freigiebige Zuwendungen unter Ehegatten[7]. Ein Vertrauensschutz ist nicht zu gewähren, vgl. den Beratungshinweis in Rz. 233.

Güterrechtliche Verträge: Der Abschluss eines Ehevertrags ist regelmäßig keine Schenkung. Dies gilt auch für die Vereinbarung der Gütergemeinschaft, die zu einem beträchtlichen Vermögenstransfer zum weniger begüterten Ehegatten führt, § 1416 BGB. Die herrschende Literatur billigt dies, weil die Zuwendung nicht auf einer Schenkung, sondern einer güterrechtlichen causa beruht. Dasselbe gilt, wenn in der ehemaligen DDR lebende Ehegatten von der Bestimmung nach Art. 234 § 4a Abs. 1 Satz 2 EGBGB Gebrauch gemacht haben[8]. Pflichtteilsergänzungsansprüche lässt der BGH nur zu, wenn die Ehegatten das Recht zum Abschluss von Eheverträgen missbrauchen oder sie über eine Schenkung einig waren und die Geschäftsabsichten nicht auf eine der Verwirklichung der Ehe dienende Ordnung der Vermögensverhältnisse gerichtet war[9]. 214

---

er in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 42; *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 1839.

1 BGH v. 27.11.1991 – IV ZR 164/90, NJW 1992, 564; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 45; MüKo/*Lange*, § 2325 BGB Rz. 15 (Ergänzung nur ausnahmsweise).

2 BGH v. 27.11.1991 – IV ZR 164/90, NJW 1992, 564.

3 BGH v. 27.11.1991 – IV ZR 164/90, NJW 1992, 564; BGH v. 27.9.1995 – IV ZR 217/93, NJW-RR 1996, 133; OLG Oldenburg v. 23.9.1999 – 5 U 134/98, OLGReport 1999, 273.

4 *Klinger*, NJW-Spezial 2008, 327 (328); OLG Oldenburg v. 23.9.1999 – 5 U 134/98, OLGReport 1999, 273 (Übertragung von Miteigentum an einer Immobilie für 30 Jahre Sprechstundenhilfe in Arztpraxis).

5 *Worm*, RNotZ 2003, 535 (542).

6 BGH v. 27.11.1991 – IV ZR 164/90, NJW 1992, 564.

7 Ende der 60er Jahre begann die Rspr., ehebezogene Zuwendungen aus dem Tatbestand der Schenkung auszuklammern, s. *Kollhosser*, NJW 1994, 2313 (2314 f.) und MüKo/*Kollhosser*, § 516 BGB Rz. 70.

8 LG Frankfurt (Oder) v. 7.10.2004 – 17 O 490/03 (nicht veröffentlicht).

9 BGH v. 27.11.1991 – VI ZR 266/90, NJW 1992, 558.

Beispiele:[1]

Die Vereinbarung der Gütergemeinschaft kurz vor dem Tode eines Ehegatten, dem weniger begüterten Ehegatten wird eine höhere Quote eingeräumt, als § 1476 BGB vorsieht[2], wertvolle Vorbehaltsgegenstände werden verschoben[3], der Ehevertrag wird nur geschlossen, um Pflichtteilsberechtigte zu benachteiligen, oder bei Beendigung des gesetzlichen Güterstands wird ein Zugewinnausgleich gezahlt, der deutlich überzogen ist[4]. Vor sog. Güterstandschaukeln ist erst recht zu warnen[5].

Im Ergebnis behandelt der BGH die beiden **Fallgruppen** der **ehebedingten Zuwendungen unterschiedlich**[6].

ff) Lebensversicherung

215 Bei Lebensversicherungen ist zu prüfen, ob Ansprüche aus § 2303 BGB oder § 2325 BGB bestehen.

Checkliste:

– **Fällt die Versicherungssumme in den Nachlass?** Dann greift § 2303 BGB. Das ist **nicht** der Fall, wenn der Vertrag auf einen Dritten umgeschrieben oder ein Dritter namentlich bzw. „der Erbe" oder „die Erben" als Bezugsberechtigte benannt sind, §§ 159, 160 VVG. Mehrere Erben sind analog ihrer Anteile, bei Nacherbschaft nur der Vorerbe bezugsberechtigt. Die Versicherung fällt auch dann nicht in den Nachlass, wenn der Begünstigte vorverstirbt, aber ein Ersatzberechtigter benannt ist[7]. Die Bezugsberechtigung „Ehegatte des Versicherten" bezieht sich im Zweifel auf denjenigen, mit dem der Erblasser zum Zeitpunkt des Abschlusses des Versicherungsvertrags verheiratet war[8]. **Sonderfälle**: War der Erblasser Versicherungsnehmer, aber nicht versicherte Person, löst sein Tod den Versicherungsfall nicht aus. In seinem Nachlass ist nur ein Anwartschaftsrecht aus dem

1 BGH v. 27.11.1991 – VI ZR 266/90, NJW 1992, 558; zur Güterstandsschaukel s. Rz. 337.

2 Ungeklärt ist, ob nicht geltend gemachte Ansprüche aus § 1477 Abs. 2 BGB zur Ergänzungspflicht führen können, *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 47, Fn. 169.

3 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 47; Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 23; *Wegmann*, ZEV 1996, 201 (204); vgl. Teilurteil LG Baden-Baden v. 21.12.2007 – 2 0 400/06 (nicht veröffentlicht: Im Ehevertrag wird angebliches, nicht belegtes oder beziffertes Wertpapiervermögen der Ehefrau als Vorbehaltsgut vereinbart, mit dem die Ehefrau Immobilien als Vorbehaltsgut erwirbt).

4 *Klingelhöffer*, Rz. 342; MüKo/*Lange*, § 2325 BGB Rz. 26; *Wegmann*, ZEV 1996, 201 (206); *Hayler*, DNotZ 2000, 681 (687); Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 26; warnend *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 49 ff.

5 S. Rz. 337.

6 Kritisch *Kerscher/Riedel/Lenz*, § 9 Rz. 60, Soergel/*Dieckmann*, § 2325 BGB Rz. 34.

7 BGH v. 12.5.1993 – IV ZR 227/92, NJW 1993, 2171; OLG Saarbrücken v. 7.2.2007 – 5 U 581/06, ZEV 2008, 46 (Anwachsung auf Mitbegünstigten).

8 BGH v. 14.2.2007 – IV ZR 150/05, BGHReport 2007, 704.

Versicherungsvertrag, das mit dem Zeitwert anzusetzen ist. Auf den Rückkaufswert soll es nur ankommen, wenn die Fortführung des Versicherungsvertrags nicht zu erwarten steht[1]. Zur kreditsichernden Lebensversicherung s. Rz. 51.

– **Fällt ein Rückforderungsrecht der Erben** gegen den Bezugsberechtigten **in den Nachlass**, § 2303 BGB[2]**?** Hier ist der Rechtsgrund für die zugewendete Versicherungssumme zu prüfen. Waren der Erblasser und der Bezugsberechtigte über die Unentgeltlichkeit bzw. Entgeltlichkeit der Zuwendung einig? Kam es zu Lebzeiten nicht zu einer Schenkungsabrede, reicht es aus, wenn der Bezugsberechtigte den ihm zufallenden Betrag nicht nach § 333 BGB zurückweist[3]. Das gilt nicht bei einem rechtzeitigen Widerruf des Erben[4]. Eine Scheidung führt nicht analog § 2077 BGB zum Wegfall der Bezugsberechtigung[5]. Jedoch entfällt mit ihr regelmäßig der Rechtsgrund und die Geschäftsgrundlage für die ehebedingte Zuwendung[6]. Die Erben haben dann Bereicherungsansprüche. Diese Grundsätze gelten aber „in der Regel" nicht für das Scheitern der eheähnlichen Lebensgemeinschaft (zweifelhaft)[7]. 216

➲ **Beratungshinweis:** Der Ehegatte sollte unter der auflösenden Bedingung der Scheidung Bezugsberechtigter sein. Stets ist eine vorsorgliche Anrechnung auf den Pflichtteil vorzunehmen, **§ 2315 BGB**. Der zulässige Zeitpunkt der Anrechnungsanordnung ist streitig. Es wird auf die Einräumung der Bezugsberechtigung, die Auszahlung oder zutreffend auf den Zeitpunkt der gebilligten Auszahlung (wegen § 333 BGB) abgestellt[8].

– **§ 2325 BGB**: Liegt keine kondizierbare Schenkung vor, kommen Ansprüche aus § 2325 BGB in Betracht. Ist der Ehegatte begünstigt, kann die Zuwendung als angemessene Altersvorsorge oder nach § 2330 BGB ergänzungsfest sein[9]. Schenkungsgegenstand bei einem **widerruflichen Bezugsrecht** war nach bislang h.M. die Summe der geleisteten **Prämienzahlungen**[10] bis zur Grenze der Versicherungssumme. Prämienzahlungen, die 217

1 Nachweise bei Palandt/*Brudermüller*, § 1376 BGB Rz. 17; *Kornexl*, Nachlassplanung bei Problemkindern, 2006, Rz. 817.
2 BGH v. 21.5.2008 – IV ZR 238/06, ZEV 2008, 392 mit Anm. *Leipold*; OLG Dresden v. 22.2.2007 – 4 U 2106/06, OLGReport 2007, 773 (Widerruf und § 829 ZPO); OLG Hamm v. 3.12.2004 – 20 U 132/04, OLGReport 2005, 82.
3 *Gottwald*, § 2325 BGB Rz. 28 (§§ 151, 153, 130 Abs. 2, 518 Abs. 2 BGB); *Dobmeier*, AnwBl. 1999, 692 (693).
4 BGH v. 21.5.2008 – IV ZR 238/06, ZEV 2008, 392; *Kuhn/Rohlfing*, ErbR 2006, 11 (13).
5 BGH v. 14.2.2007 – IV ZR 150/05, BGHReport 2007, 704.
6 *Andres* in Scherer, MAH Erbrecht, § 47 Rz. 44.
7 BGH v. 8.7.1996 – II ZR 340/95, NJW 1996, 2727. Eine Rechtsprechungsänderung könnte möglich sein, vgl. BGH v. 9.7.2008 – XII ZR 179/05, NJW 2008, 3277.
8 Staudinger/*Haas*, § 2315 BGB Rz. 17; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 11 Rz. 42.
9 OLG Düsseldorf v. 13.10.2000 – 7 W 71/00, OLGReport 2001, 138; MüKo/*Lange*, § 2325 BGB Rz. 22; s. Rz. 212 unter „Alterssicherung".
10 BGH v. 1.4.1987 – IVa ZR 26/86, NJW 1987, 3131 (nicht die Versicherungssumme oder der Rückkaufswert); *Klingelhöffer*, ZEV 1995, 180 (182); BGH v. 10.6.1965 – III

länger als zehn Jahre vor dem Tod zurückliegen, blieben unberücksichtigt[1]. Dies ist nunmehr streitig. Die Frage hat wirtschaftliche Bedeutung, da zwischen 2003 bis 2006 der Bestand an Lebensversicherungen zwischen 91,5 und 94,9 Mrd. Euro schwankte[2]. Nach richtiger Ansicht ist die Entscheidung des BGH[3] zum Insolvenzrecht übertragbar, wonach die Versicherungssumme den Schenkungsgegenstand bildet[4]. Nach **a.A.**[5] sind nur die vom Erblasser bezahlten Prämien anzusetzen, weil nur insoweit sein Vermögen gemindert ist. Der Erbrechtssenat des BGH wird diese Frage in einer anhängigen Revision zu entscheiden haben[6]. Die vom BGH betonte wirtschaftliche Betrachtungsweise[7] und der Schutzzweck von § 2325 BGB[8] sprechen für die Versicherungssumme, die auch maßgeblich ist, wenn die Versicherung in den Nachlass fällt[9]. Bei einem in der Praxis seltenen **unwiderruflichen Bezugsrecht** besteht ebenfalls Streit. Richtiger Ansicht nach zählt auch hier die Versicherungssumme[10]. Nach **a.A.** ist der Wert maßgeblich, den die Versicherungsforderung gehabt hätte, wenn unmittelbar nach der Einräumung des unwiderruflichen Bezugsrechts der Versicherungsfall eingetreten wäre[11]. Nach wiederum **a.A.**[12] sind insoweit lediglich die in den letzten 10 Jahren geleisteten Prämien, möglicherweise auch die hieraus erzielte anteilige Versicherungssumme maßgeblich.

ZR 71/63, NJW 1965, 1913 (Bausparvertrag); BGH v. 20.9.1995 – XII ZR 16/94, NJW 1995, 3113 (§ 1374 Abs. 2 BGB); OLG Düsseldorf v. 13.10.2000 – 7 W 71/00, OLGReport 2001, 138; MüKo/*Lange*, § 2325 BGB Rz. 22; *Worm*, RNotZ 2003, 535 (544); *Ott-Eulberg/Schebasta/Bartsch*, Erbrecht und Banken, § 6 Rz. 100; *Kornexl*, Nachlassplanung bei Problemkindern, 2006, Rz. 819.

1 A.A. Soergel/*Dieckmann*, § 2325 BGB Rz. 22; *Worm*, RNotZ 2003, 535 (544).

2 *Hilbig*, ZEV 2008, 262 (263).

3 BGH v. 23.10.2003 – IX ZR 252/03, NJW 2004, 214.

4 OLG Düsseldorf v. 22.2.2008 – I-7 U 140/07, ZEV 2008, 292; LG Göttingen v. 23.3.2007 – 4 S6/06, ZEV 2007, 386; LG Paderborn v. 3.5.2007 – 4 O 595/06, ZErb 2007, 429; *Kuhn/Rohlfing*, ErbR 2006, 11 (15 f.); *Stricherling*, ZErb 2008, 245 f.; *J. Mayer* in Bamberger/Roth, § 2325 BGB Rz. 9; *Schindler*, ZErb 2008, 335 ff.; Soergel/*Dieckmann*, § 2325 BGB Rz. 22; *Progl*, ZErb 2004, 187 ff. und ZErb 2008, 288 ff.; *Elfring*, ZEV 2004, 305 ff.; Palandt/*Edenhofer*, § 2325 BGB Rz. 13 (so 67. Auflage, 68. Auflage unentschieden); *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 1919.

5 OLG Köln v. 7.3.2008 – 2 U 13/08, ZErb 2008, 245 und OLG Köln v. 26.11.2008 – 2 U 8/08, BeckRS 2008, 26316 (§ 2287 BGB); OLG Stuttgart v. 13.12.2007 – 19 U 140/07, ZEV 2008, 145 mit zustimmender Anm. *Blum*; *Hilbig*, ZEV 2008, 262 (268); *Ahrens*, ErbR 2008, 247 (250); *Andres* in Scherer, MAH Erbrecht, § 47 Rz. 19; Staudinger/*Haas*, § 2325 BGB Rz. 38.

6 BGH – IV ZR 73/08.

7 BGH v. 8.3.2006 – IV ZR 263/04, ZEV 2006, 265.

8 BGH v. 27.11.1991 – IV ZR 164/90, NJW 1992, 564; BGH v. 10.12.2003 – IV ZR 249/02, ZEV 2004, 115.

9 *Andres* in Scherer, MAH Erbrecht, § 47 Rz. 20; Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 38.

10 Palandt/*Edenhofer*, § 2325 BGB Rz. 13 (so 67. Auflage, nicht erwähnt in 68. Auflage).

11 *Elfring*, ZEV 2004, 305 (310).

12 MüKo/*Gottwald*, § 330 BGB Rz. 21; ablehnend *Elfring*, ZEV 2004, 305 (310).

– § 2325 Abs. 3 BGB: Bei widerruflicher Bezugsberechtigung läuft die **Zehnjahresfrist** nach § 2325 Abs. 3 BGB nicht, bei unwiderruflicher Bezugsberechtigung ab dem Zeitpunkt der Einräumung[1]. Der BGH hat dies bislang noch nicht entschieden.

gg) Weitere Beispiele

– Ergänzungsansprüche bestehen für den Ehegatten oder die Eltern unabhängig davon, ob die Schenkung zugleich für die Abkömmlinge nach § 2316 BGB ausgleichspflichtig ist[2]. 218

– Hat der Erblasser eine Schenkung gewährt und macht sein überlebender Ehegatte z.B. in den Fällen von § 1371 Abs. 2 oder 3 BGB Ansprüche auf **Pflichtteilsergänzung** und **Zugwinn** geltend, ist der volle Schenkungswert nach h.M.[3] sowohl bei § 1375 Abs. 2 BGB als auch bei § 2325 BGB zu berücksichtigen, weil eine Regelung analog § 2316 Abs. 4 BGB fehlt. M.E. ist diese doppelte Berücksichtigung einer Zuwendung systemfremd.

– Schenkungen und Einigungsvertrag s. Kapitel E[4].

– Zuwendungen in **Gütergemeinschaft** verheirateter Ehegatten richten sich nach § 2331 BGB[5].

– Lebzeitige **Stiftungsgeschäfte** werden analog § 2325 BGB behandelt[6]. Endgültige unentgeltliche Zuwendungen an Stiftungen in Form von Zustiftungen oder freien oder gebundenen **Spenden**[7] sind ergänzungspflichtig.

– Bei im Zeitpunkt des Erbfalls noch **nicht vollzogenen Schenkungen** ist nicht der versprochene Gegenstand, sondern der schenkweise zugewendete Anspruch Gegenstand von § 2325 BGB[8]. Der Nachlass am Todestage ist um diese Verbindlichkeit gemindert. Die Bewertung ist fraglich. Der BGH ist früher davon ausgegangen, dass bei nicht verbrauchbaren Sachen der 219

1 *Schindler*, ZEV 2005, 290 (291); *Elfring*, ZEV 2004, 305 (310); *Klinger*, NJW-Spezial 2005, 13; *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 1920; *Gemmer*, EE 2008, 134 (136).

2 Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 40; MüKo/*Lange*, § 2316 BGB Rz. 16.

3 Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 86 m.w.N.

4 Schenkungen unter Geltung des DDR-ZGB eines nach dem 2.10.1990 verstorbenen Erblassers sind ergänzungspflichtig, BGH v. 7.3.2001 – IV ZR 258/00, NJW 2001, 2398.

5 OLG Koblenz v. 9.8.2004 – 12 U 432/03, OLGReport 2005, 113 (auch bei einem Konto, das nur auf einen Ehegatten lautet).

6 MüKo/*Lange*, § 2325 BGB Rz. 16; *Rawert*, ZEV 1996, 162 (166); *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 69 ff.; Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 39.

7 BGH v. 10.12.2003 – IV ZR 249/02, ZEV 2004, 115 („Dresdner Frauenkirche") mit Anm. *Kollhosser*; *Worm*, RNotZ 2003, 535 (545); *Röthel*, ZEV 2006, 8 ff.; Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 39.

8 BGH v. 10.11.1982 – IVa ZR 29/81, NJW 1983, 1485; OLG Brandenburg v. 8.4.1997 – 10 U 25/96, FamRZ 1998, 1265.

niedrigere Wert im Zeitpunkt des Schenkungsversprechens oder des Erbfalls maßgeblich ist (Niederstwertprinzip)[1]. Er hat eine Überprüfung angekündigt[2]. Nach richtiger Meinung ist der Wert im Zeitpunkt des Erbfalls[3] unabhängig davon maßgeblich, ob sich das Schenkungsversprechen auf eine verbrauchbare oder nicht verbrauchbare Sache bezieht.

– Sowohl die vollzogene Schenkung auf den Todesfall nach § 2301 Abs. 2 BGB[4] als auch missbräuchliche Schenkungen nach **§ 2287 BGB** fallen grundsätzlich unter § 2325 BGB[5]. Ist der Pflichtteilsberechtigte selbst Beschenkter und dem Anspruch aus § 2287 BGB ausgesetzt, liegt eine Beeinträchtigung des Vertragserben nicht vor, soweit das Geschenk des Erblassers an den Pflichtteilsberechtigten dessen Pflichtteil zu decken geeignet war[6]. Dem Pflichtteilsberechtigten bleibt im wirtschaftlichen Ergebnis der volle Pflichtteil erhalten: Die Herausgabeklage des Vertragserben ist nur Zug um Zug gegen Zahlung des Pflichtteils begründet (Zurückbehaltungsrecht). Die Klage auf Wertersatz des Vertragserben ist nur begründet, soweit der Pflichtteil in Abzug gebracht wurde[7].

e) Bewertung von Schenkungen

➲ **Beratungssituation 1:** Mandantin ist Alleinerbin. Der Nachlass ist wertlos. Der ledige Erblasser hat ihr fünf Jahre vor seinem Tod im Jahre 1999 eine Immobilie gegen Nießbrauchsvorbehalt überlassen. Die enterbte Tochter verlangt Pflichtteilsergänzung. Immobilienwerte: zur Zeit der Grundbuchumschreibung 1995 1 Mio. Euro, des Erbfalls 1999 1,5 Mio. Euro. Jahresnettowert des Nießbrauchs 36000 Euro. Der Erblasser war bei der Schenkung 75 Jahre alt.

➲ **Beratungssituation 2**: Mandantin ist enterbt. Ihre Eltern – der Erblasser und seine Witwe – waren hälftige Miteigentümer einer Immobilie, die sie 1995 unter Nießbrauchsvorbehalt nach § 428 BGB einer Gemeinde überlassen haben. Mandantin hat den ordentlichen Pflichtteil (Quote ¼) nach dem Tode des Erblassers erhalten. Sie fragt, wie ihr Pflichtteilsergänzungsanspruch zu berechnen ist. Werte und Daten der Immobilienüberlassung wie Beratungssituation 1 mit der Ergänzung, dass die Witwe bei der Schenkung 70 Jahre alt war.

1 BGH v. 10.11.1982 – IVa ZR 29/81, NJW 1983, 1485; OLG Brandenburg v. 8.4.1997 – 10 U 25/96, FamRZ 1998, 1265.
2 BGH v. 2.6.1993 – IV ZR 259/92, NJW 1993, 2737.
3 Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 94; MüKo/*Lange*, § 2325 BGB Rz. 32; Soergel/*Dieckmann*, § 2325 BGB Rz. 50; Palandt/*Edenhofer*, § 2325 BGB Rz. 21.
4 Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 4; MüKo/*Lange*, § 2325 BGB Rz. 13. Zur nicht vollzogenen Schenkung s. Rz. 205.
5 Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 42; MüKo/*Lange*, § 2325 BGB Rz. 12.
6 BGH v. 28.9.1983 – IVa ZR 168/82, NJW 1984, 121; im Ergebnis auch Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 42.
7 *Schlitt* in Klinger, Münchener Prozessformularbuch Erbrecht, N II. 9., Rz. 1.

aa) Grundsatz

Nach dem Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts[1] *werden Schenkungen in Erbfällen ab 1.1.2010 nur noch innerhalb des ersten Jahres vor dem Erbfall vollständig, im zweiten Jahr nur noch zu 9/10, im dritten Jahr zu 8/10 usw. berücksichtigt, s. Rz. 192. Die Reform erstreckt sich aber nicht auf die Frage, wie Schenkungen zu bewerten sind. Insoweit bleibt alles beim Alten*[2]. 220

Maßgeblich ist der **Verkehrswert**[3] des verschenkten Gegenstands. Der Wertermittlungsstichtag bestimmt sich danach, ob eine **verbrauchbare** oder **nicht verbrauchbare** Sache verschenkt wurde, § 2325 Abs. 2 BGB. Bei der Auslegung der Bewertungsnorm ist eine wirtschaftliche Betrachtungsweise geboten[4].

Verbrauchbare Sachen sind mit dem Wert zur Zeit der Schenkung anzusetzen, § 2325 Abs. 2 Satz 1 BGB. Dabei ist auf den Zeitpunkt des Leistungserfolgs[5] – nicht des Schenkungsvertrags – abzustellen. Das Gesetz geht von einem Verbrauch der Sache aus. Es belastet den Pflichtteilsberechtigten daher nicht, ob die Sache nach der Schenkung genutzt, zerstört oder entwertet wird[6]. **Beispiele** für verbrauchbare Sachen: Gegenstände nach § 92 BGB, deren Existenz zeitlich begrenzt ist, Geld, Wertpapiere oder **Verzicht** auf eine Geldforderung[7]. Streitig ist, ob ein Wertabschlag zu erfolgen hat, soweit die Forderung noch nicht fällig war[8]. Ein Verzicht auf ein dinglich eingetragenes Nutzungsrecht (Wohnrecht, Nießbrauch) bemisst sich nicht nach der dadurch eingetretenen Erhöhung des Grundstückswerts[9], sondern nach dem kapitalisiertem Wert des Nutzungsrechts im Erlasszeitpunkt[10]. Der Wert des Erlasses einer Rentenforderung bestimmt sich nach dem zum Erlasszeitpunkt kapitalisierten Wert der Forderung[11]. Die a.A. stellt darauf ab, auf welche Rentenbeträge der Erblasser bei einer Betrachtung ex post wirklich verzichtet hat (konkrete und nicht abstrakte Berechnung)[12].

---

1 BT-Drs. 16/8954 v. 24.4.2008, S. 21 zu Nr. 25 (§ 2325 BGB); BGBl. ■.
2 *Schaal*, BWNotZ 2008, 2 (15).
3 Der Ertragswert nach § 2312 BGB ist maßgeblich, wenn die Voraussetzungen auch im Zeitpunkt des Erbfalls vorliegen, BGH v. 14.12.1994 – IV ZR 113/94, ZEV 1995, 74. Zu § 2312 BGB: Kapitel B XIII, Rz. 20 ff., 60 ff., 186 ff.
4 BGH v. 8.3.2006 – IV ZR 263/04, ZEV 2006, 265; BGH v. 27.4.1994 – IV ZR 132/93, NJW 1994, 1791.
5 BGH v. 4.7.1975 – IV ZR 3/74, NJW 1975, 1831; Erman/*Schlüter*, § 2325 BGB Rz. 3.
6 Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 92.
7 BGH v. 17.9.1986 – IVa ZR 13/85, NJW 1987, 122; OLG Celle v. 28.11.2002 – 6 U 46/02, OLGReport 2003, 86.
8 Für Abzinsung *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 75; Soergel/*Dieckmann*, § 2325 BGB Rz. 48; dagegen MüKo/*Lange*, § 2325 BGB Rz. 30.
9 Die Entscheidung des BGH v. 26.10.1999 – X ZR 69/97, ZEV 2000, 111 zu § 528 BGBist hier nicht übertragbar, a.A. noch die Vorauflage.
10 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 76; Gutachten DNotI-Report 2002, 179.
11 BGH v. 17.9.1986 – IVa ZR 13/85, NJW 1987, 122; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 75.
12 Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 93; *MüKo/Lange*, § 2325 BGB Rz. 30; Soergel/*Dieckmann*, § 2325 BGB Rz. 48.

221 Der Geldwert des Geschenks ist um den Kaufkraftschwund bis zum Todestag zu bereinigen[1], wenn der Zeitpunkt der Schenkung maßgeblich ist. Nach **a.A.** ist ein **Inflationsausgleich** nicht bei Geld und anderen verbrauchbaren Sachen[2] oder in keinem Falle statthaft[3]. **Formel:**

$$\frac{\text{Wert des Geschenks} \times \text{Lebenshaltungskostenindex}^4 \text{ (Zeitpunkt Erbfall)}}{\text{Lebenshaltungskostenindex (Zeitpunkt Schenkungsvollzug)}}$$

Berechnungshilfen sind genannt in Rz. 372.

222 Nicht verbrauchbare Sachen (z.B. Grundstücke, Kunstgegenstände Unternehmen) werden mit dem Wert im Zeitpunkt des **Erbfalls** angesetzt, wenn sie nicht im Zeitpunkt des **Schenkungsvollzugs**[5] einen geringeren Wert hatten, § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB (**Niederstwertprinzip**). Hier entscheidet also eine **Vergleichsrechnung**:

1. Wert zur Zeit des **Erbfalls**.
2. Wert im Zeitpunkt **Schenkungsvollzug + Inflationsausgleich** bis zum Todestag.

Damit profitiert der Pflichtteilsberechtigte nicht von Wertsteigerungen der Sache[6]. Werterhöhende Aufwendungen auf das Geschenk nach dem maßgeblichen Stichtag sind bei der Bewertung des Geschenks auszuklammern[7]. Der Schenkungswert wird auch nicht durch den Erhaltungsaufwand des Beschenkten gemindert. Die a.A.[8] bleibt in der Gerichtspraxis unberücksichtigt. Der Pflichtteilsberechtigte trägt auch das **Risiko** des **Wertverlusts**[9]. Ergänzungsansprüche scheiden aus, wenn der Gegenstand nach der Schenkung und

1 BGH v. 10.11.1982 – IVa ZR 29/81, NJW 1983, 1485 (Immobilie, bei verbrauchbaren Sachen noch nicht vom BGH entschieden); OLG Schleswig v. 25.11.2008 – 3 U 11/08, OLGReport 2009, 97 (Immobilie); OLG Koblenz v. 13.7.2006 – 7 U 1801/05, OLGReport 2007, 53 (Immobilie); Soergel/*Dieckmann*, § 2325 BGB Rz. 52; *Gottwald*, § 2325 BGB Rz. 71; Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 107; MüKo/*Lange*, § 2325 BGB Rz. 35; *Schaal*, BWNotZ 2008, 2 (16).

2 OLG Koblenz v. 13.7.2006 – 7 U 1801/05, OLGReport 2007, 53; RGRK/*Johannsen*, § 2325 BGB Rz. 20 f.; *Kasper*, Anrechnung und Ausgleichung im Pflichtteilsrecht, 1999, S. 158; OLG Celle v. 28.11.2002 – 6 U 46/02, OLGReport 2003, 86 (bei Kapitalisierung nach Anlage 9 zu § 14 BewG); *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 179 (Indexierung nur bei Niederstwertprinzip).

3 *Pentz*, FamRZ 1997, 724 (725), dagegen explizit OLG Schleswig v. 25.11.2008 – 3 U 11/08, OLGReport 2009, 97.

4 Seit 1.1.2003 gilt der Verbraucherpreisindex für Deutschland, der den Preisindex für die Lebenshaltung aller privaten Haushalte in Deutschland abgelöst hat.

5 BGH v. 4.7.1975 – IV ZR 3/74, NJW 1975, 1831 (Grundbuchvollzug).

6 Prot V 538 f.

7 BGH v. 8.4.1992 – IV ZR 2/91, NJW 1992, 2887; *Pentz*, ZEV 1999, 355.

8 Soergel/*Dieckmann*, § 2325 BGB Rz. 49; Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 99; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 82.

9 Er soll nur den bösen, nicht den guten Tropfen genießen, *Pentz*, FamRZ 1997, 724 (725).

vor Eintritt des Erbfalls untergegangen ist[1]. Er steht also schlechter als bei Schenkung verbrauchbarer Sachen. Solange das Geschenk existiert, ist es unerheblich, wer Eigentümer oder Inhaber ist[2].

223 Die Bewertung von Gegenleistungen bzw. gemischten Schenkungen ist umstritten. **Wertangaben** in notariellen Urkunden zur Berechnung der Notargebühren sind nicht bindend[3]. Jedoch bieten sie eine aussagekräftige **Orientierungshilfe**[4], § 287 Abs. 2 ZPO. Eine genaue Vereinbarung über den Wert der Gegenleistungen ist natürlich möglich[5]. Soweit die Gegenleistung nicht angemessen ist, erfolgt aber zugunsten des Pflichtteilsberechtigten kein Abzug vom Schenkungswert.

➲ **Beratungshinweis:** Mit Blick auf Beurkundungs- und Beratungskosten niedrig bezifferte Gegenleistungen sind taktisch problematisch und können Ansprüche Pflichtteilsberechtigter erhöhen, wenn ein Richter sie nach § 287 ZPO zur Schätzungsgrundlage macht.

bb) Nießbrauch und Wohnrecht

224 Umstritten ist, ob die lebzeitige Vermögensübertragung unter **Nießbrauchsvorbehalt** des Schenkers den Schenkungswert mindert.

– Der BGH[6] setzt den Nießbrauch[7] nur dann ab, wenn der Wert des Gegenstands zum Zeitpunkt des Schenkungsvollzugs unter Berücksichtigung des Kaufkraftschwunds geringer ist als beim Erbfall. Der Nießbrauchsvorbehalt wird nicht berücksichtigt, wenn der Wert im Zeitpunkt des Erbfalls maßgeblich ist. Grund: Der Nießbrauch des Schenkers erlischt nach § 1061 BGB mit seinem Tode und kann daher nicht bewertet werden. Damit entscheidet das Niederstwertprinzip, ob der Nießbrauch den Schenkungswert mindert. Der BGH[8] hat diese Grundsätze nach richtiger wirtschaftlicher Betrachtung auf alle Arten von vorbehaltenen Nutzungsrechten erstreckt.

---

1 Die h.M. berücksichtigt einen Ersatzanspruch, Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 99; Soergel/*Dieckmann*, § 2325 BGB Rz. 49; a.A. wegen der gesetzlichen Risikoverteilung vertretbar.

2 MüKo/*Lange*, § 2325 BGB Rz. 31; Soergel/*Dieckmann*, § 2325 BGB Rz. 49.

3 BGH v. 7.9.2005 – XII ZR 316/02, ZEV 2006, 268 (Rückabwicklung einer Schenkung); OLG Frankfurt v. 20.10.1999 – 13 U 88/97, OLGReport 2000, 29; OLG Koblenz v. 9.8.2004 – 12 U 432/03, OLGReport 2005, 113; OLG Celle v. 25.4.2002 – 22 U 51/01, OLGReport 2002, 221.

4 „Völlig von der Realität" wird sich die Angabe nicht entfernen, OLG Köln v. 24.3.2000 – 19 U 103/99, OLGReport 2000, 416.

5 OLG Köln v. 3.8.1992 – 9 U 47/91, OLGReport 1993, 43; OLG Koblenz v. 17.10.2001 – 9 U 166/01, ZEV 2002, 460.

6 BGH v. 8.3.2006 – IV ZR 263/04, ZEV 2006, 265; BGH v. 16.7.2003 – IV ZR 73/03, ZEV 2003, 416; BGH v. 8.4.1992 – IV ZR 2/91, NJW 1992, 2887; BGH v. 29.4.1992 – IV ZR 252/91, NJW 1992, 2888; BGH v. 17.1.1996 – IV ZR 214/94, ZEV 1996, 186.

7 Allgemein und instruktiv zum Grundstücksnießbrauch *Pöppel*, MittBayNot 2007, 85 ff.

8 BGH v. 27.4.1994 – IV ZR 132/93, ZEV 1994, 233; BGH v. 17.1.1996 – IV ZR 214/94, ZEV 1996, 186. Kritik und Überblick bei *Cornelius*, Rz. 396 ff.

Beispiele:

Wohnrecht am Grundstück[1] und „nur" **schuldrechtliche Nutzungsrechte**. Dem folgen Teile des Schrifttums[2] und regelmäßig die Instanzgerichte[3].

– Nach **a.A.**[4] ist die Gewährung eines Nutzungsrechts wertneutral, da lediglich ein zeitlich gestreckter Vermögenserwerb vorliege, der sich mit dem Tod des Erblassers vollende[5].

– Nach **a.A.** ist der Wert des Nutzungsrechts stets ein Abzugsposten[6] oder nur dann, wenn der Ertragswert für den Schenkungsgegenstand maßgeblich ist[7].

➲ **Beratungshinweis:** Bei einem Nutzungsvorbehalt des Schenkers entscheidet das Niederstwertprinzip darüber, ob der Schenkungswert gemindert wird. Das gilt aber **nicht** für andere Gegenleistungen oder Auflagen wie Renten, Wart und Pflege, übernommene Darlehensverpflichtungen u.a. Deren Wert ist stets vom Schenkungswert abzuziehen (gemischte Schenkung)[8].

225 Uneinigkeit besteht auch über die Wertermittlung[9] des vorbehaltenen Nutzungsrechts.

---

1 BGH v. 8.3.2006 – IV ZR 263/04, ZEV 2006, 265. Zur denkbaren Umwandlung des Wohnrechts in einen Geldanspruch bei ausserhäuslicher Pflege des Berechtigten: BGH v. 9.1.2009 – V ZR 168/07, NJW 2009, 1348; BGH v. 19.1.2007 – V ZR 163/06, NJW 2007, 1884; BGH v. 14.1.2005 – V ZR 99/04, ZEV 2005, 261; *Brückner*, NJW 2008, 1111 ff.

2 Palandt/*Edenhofer*, § 2325 BGB Rz. 20; *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 1009 ff.; Soergel/*Dieckmann*, § 2325 BGB Rz. 37 f.; MüKo/*Lange*, § 2325 BGB Rz. 24; Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 104; Erman/*Schlüter*, § 2325 BGB Rz. 3.

3 OLG Oldenburg v. 30.8.2006 – 5 U 154/05, OLGReport 2008, 157; OLG Schleswig v. 25.11.2008 – 3 U 11/08, OLGReport 2009, 97; OLG Celle v. 8.7.2008 – 6 W 59/08, OLGReport 2008, 770; OLG Koblenz v. 13.7.2006 – 7 U 1801/05, OLGReport 2007, 53; OLG Koblenz v. 9.8.2004 – 12 U 432/03, OLGReport 2005, 113; OLG Koblenz v. 17.10.2001 – 9 U 166/01, ZEV 2002, 460.

4 OLG Hamburg v. 20.8.1991 – 2 U 30/90; FamRZ 92, 228 (aufgehoben durch BGH v. 8.4.1992 – IV ZR 2/91, NJW 1992, 2887); *Reiff*, ZEV 1998, 241 (245, Fn. 31) sowie FamRZ 1991, 552 ff.; ähnlich *Leipold*, JZ 1994, 1121 (1123); *Meyding*, ZEV 1994, 202 (205).

5 Hiergegen zu Recht *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 90.

6 *Link*, ZEV 2005, 283 (285: Hinweis auf die frühere Rspr. des BGH v. 30.5.1990 – IV ZR 254/88, FamRZ 1991, 552) und *Link*, Zur (teilweisen) Unentgeltlichkeit von Übergabeverträgen i.R. vorweggenommener Erbfolge, 2003, 171; OLG Celle v. 17.1.2002 – 6/22 U 334/98, OLGReport 2002, 110; OLG Celle v. 14.7.2003 – 6 W 72/03, ZErb 2003, 383; *Pentz*, FamRZ 1997, 724 (728); *N. Mayer*, FamRZ 1994, 739 (743); *Hannes*, ZEV 2003, 85 (86); anders zu Recht *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 92.

7 *Worm*, RNotZ 2003, 535 (546).

8 Instruktiv OLG Schleswig v. 25.11.2008 – 3 U 11/08, OLGReport 2009, 97; *Reiff*, ZEV 1998, 241 (245: Leibrente); *Schaal*, BWNotZ 2008, 2 (17: Pflegeleistung).

9 Eine mathematisch exakte Wertbestimmung wird teilweise verneint, nur Bandbreiten seien möglich, OLG Düsseldorf v. 17.2.1999 – 9 U 125/98, OLGReport 1999, 349.

– Der BGH[1] und die überwiegende Meinung bevorzugen grundsätzlich eine **abstrakte Berechnung**. Danach ist das Nutzungsrecht auf die statistische Lebenserwartung des Nutzungsberechtigten im Zeitpunkt des Schenkungsvollzugs zu kapitalisieren (ex-ante-Betrachtung):

  Weg 1: Jahresreinertrag des Nutzungsrechts × Vervielfältiger aus einer Leibrententabelle[2].

  Weg 2: Jahresreinertrag des Nutzungsrechts × Lebenserwartung aus einer Sterbetabelle abzgl. Abzinsung[3].

  Weg 3: Jahresreinertrag des Nutzungsrechts × Vervielfältiger aus Anlage 9 zu § 14 BewG[4] in der Fassung bei Vertragsabschluss, abgebildet in Rz. 373. Inzwischen setzt sich dieser Weg durch.

➲ **Beratungshinweis**: Anlage 9 zu § 14 BewG ist zum 1.1.2009 aufgehoben worden. Für Bewertungsstichtage ab 1.1.2009 sind die höheren Vervielfältiger anzuwenden, die das Bundesfinanzministerium[5] gemäß § 14 Abs. 1 Satz 4 BewG jährlich als Tabelle zu § 14 BewG bekannt gibt. Die Vervielfältiger für 2009 beruhen auf der Sterbetafel 2005/2007 des Statistischen Bundesamts, abgebildet in Rz. 373.

Erhebliche Unterschiede zwischen den Berechnungsmethoden werden sich nicht ergeben[6]. Die Auswahl obliegt dem Tatrichter, § 287 Abs. 2 ZPO.

---

1 BGH v. 15.10.2003 – XII ZR 23/01, BGHR 2004, 524; BGH v. 17.1.1996 – IV ZR 214/94, ZEV 1996, 186 („Wert der kapitalisierten verbliebenen Nutzungen"); BGH v. 27.1.1988 – IVb ZR 13/87, FamRZ 1988, 593 (§ 1376 BGB); OLG Schleswig v. 25.11.2008 – 3 U 11/08, OLGReport 2009, 97; OLG Köln v. 20.4.2000 – 15 U 159/99, OLGReport 2000, 443; OLG Koblenz v. 17.10.2001 – 9 U 166/01, ZEV 2002, 460; OLG Koblenz v. 9.8.2004 – 12 U 432/03, OLGReport 2005, 113; *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 1013; *Reiff*, ZEV 1998, 241 (247); Soergel/*Dieckmann*, § 2325 BGB Rz. 39; *Kerscher/Riedel/Lenz*, § 9 Rz. 83.

2 BGH v. 30.9.1954 – IV ZR 43/54, NJW 1954, 1764 (Billigung versicherungstechnischer Grundsätze); BGH v. 19.1.1999 – X ZR 42/97, ZEV 1999, 192 (gegen Anwendung § 24 KostO).

3 Die Tabellen in Weg 1 und Weg 3 enthalten bereits eine Abzinsung. Sie dient der wirtschaftlichen Vergleichbarkeit von Leistung und Gegenleistung zum Zeitpunkt der Schenkung, BGH v. 14.12.2004 – X ZR 3/03, ZEV 2005, 213 (§§ 516, 530 BGB); *Reiff*, ZEV 1998, 241 (247); *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 190.

4 OLG Schleswig v. 25.11.2008 – 3 U 11/08, OLGReport 2009, 97; OLG Celle v. 8.7.2008 – 6 W 59/08, OLGReport 2008, 770; OLG Koblenz v. 17.10.2001 – 9 U 166/01, ZEV 2002, 460; *Kerscher/Riedel/Lenz*, § 9 Rz. 85; *Reimann*, WPK-Mitt. 2000, 92 (101); OLG Schleswig v. 14.8.2001 – 3 U 142/00, OLGReport 2002, 138 (Altenteil); OLG Celle v. 14.7.2003 – 6 W 72/03, ZErb 2003, 383; OLG Celle v. 13.6.2002 – 22 U 104/01, ZEV 2002, 83; gebilligt vom BGH v. 15.10.2003 – XII ZR 23/01, BGHR 2004, 524; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 98; *Worm*, RNotZ 2003, 535 (546); *Link*, Zur (teilweisen) Unentgeltlichkeit von Übergabeverträgen i.R. vorweggenommener Erbfolge, 2003, 225 und ZEV 2005, 283 (285); *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 1014; *Gemmer*, EE 2008, 134 (136); *Stenger* in Scherer, MAH Erbrecht, § 32 Rz. 10; a.A. *Cornelius*, Rz. 197.

5 www.bundesfinanzministerium.de.

6 *Reiff*, ZEV 1998, 241 (246); *Kornexl*, Nachlassplanung bei Problemkindern, 2006, Rz. 667, Fn. 362. Die Verwendung eines vorschüssigen Zinsflusses von 5,5 % hat der BGH ausdrücklich gebilligt, BGH v. 15.10.2003 – XII ZR 23/01, BGHR 2004, 524.

– Eine starke Meinung[1] stellt auf die **konkrete** Nutzungsdauer des Nutzungsrechts ab (ex-post-Betrachtung). Dies ist abzulehnen, da nach dem Grundsatz der subjektiven Äquivalenz die Wertung der Vertragsparteien bei Vertragsschluss entscheidend ist[2], die sich regelmäßig nach der statistischen Lebenserwartung richtet.

– Ist im Zeitpunkt der Schenkung eine kürzere Lebenserwartung des Nutzungsberechtigten wahrscheinlich, hat der BGH[3] zutreffend **Ausnahmen** von der abstrakten Berechnung gebilligt. Teilweise wird für den Nießbrauch kein Wert angesetzt, wenn der Nutzungsberechtigte einen Monat[4], oder 14 Monate[5] nach dem Übergabevertrag stirbt. Teilweise soll die abstrakte Berechnung maßgeblich sein, auch wenn der Übergeber neun Tage[6] bzw. drei Monate[7], 27 Monate[8] oder 28 Monate[9] nach dem Vertrag verstirbt. Auf die zeitlichen Vorgaben in § 14 Abs. 2 BewG wird nicht abgestellt[10]. Nach einem anderen Ansatz ist eine „konkrete, persönliche Lebenserwartung" – nicht die tatsächliche Lebenszeit oder die statistische Lebenserwartung – maßgeblich, wenn spätestens zum Zeitpunkt des Schenkungsvollzugs objektive Umstände (Erkrankung) vorliegen, die auf eine geringere Lebenserwartung schließen lassen[11].

---

1 *Joachim*, ZEV 2006, 504; OLG Celle v. 10.10.2007 – 7 U 62/06, ZEV 2009, 141 (Bei Altenteil im Landgutrecht, wenn Erblasser kürzer lebte als vom Kapitalisierungsfaktor in Anlage 9 zu § 14 BewG berücksichtigt); *N. Mayer*, FamRZ 1994, 739 (744); *Heinrich*, MittRhNotK 1995, 157 (168); *Pentz*, FamRZ 1997, 724 (727); *Gottwald*, § 2325 BGB Rz. 70; OLG Köln v. 22.11.1991 – 20 U 36/91, MDR 1992, 586; Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 104; *Kornexl*, Nachlassplanung bei Problemkindern, 2006, Rz. 667; *Wegmann*, Grundstücksüberlassung, Rz. 237.

2 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 96.

3 BGH v. 4.7.1975 – IV ZR 3/74, NJW 1975, 1831 (Tod ca. sechs Monate nach Übergabevertrag).

4 OLG Köln v. 13.11.1996 – 27 U 64/96, OLGReport 1997, 79.

5 OLG Oldenburg v. 10.11.1998 – 5 U 91/98, ZEV 1999, 355, zustimmend Palandt/*Edenhofer*, § 2325 BGB Rz. 20.

6 LG Bonn v. 17.3.1998 – 18 0 59/96, ZEV 1999, 154; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 96 (sofern der Tod nicht vorhersehbar war).

7 OLG Koblenz v. 17.10.2001 – 9 U 166/01, ZEV 2002, 460 (zutreffend, da bei Vertragsschluss der frühe Tod nicht erkennbar war).

8 OLG Celle v. 13.6.2002 – 22 U 104/01, ZEV 2003, 83 (im Ausnahmefall nur Abschlag vom Kapitalisierungsfaktor); eng auch *Link*, Zur (teilweisen) Unentgeltlichkeit von Übergabeverträgen i.R. vorweggenommener Erbfolge, 2003, 171 (tatsächliche Dauer nur im Ausnahmefall bei nicht natürlichem Tod wie Unfall wenige Monate nach Übergabe, § 242 BGB).

9 OLG Koblenz v. 6.3.2006 – W 114/06, ZErb 2006, 282.

10 *Reiff*, Anm. zu BFH v. 17.10.2001 – II R 72/99, ZEV 2002, 123; anders OLG Celle v. 10.10.2007 – 7 U 62/06, ZEV 2009, 141 (bei Altenteil im Landgutrecht, wenn Erblasser kürzer lebte als vom Kapitalisierungsfaktor in Anlage 9 zu § 14 BewG berücksichtigt unter Hinweis auf § 14 Abs. 2 BewG).

11 Sog. „konkrete ex-ante Betrachtung" unabhängig von der Kenntnis der Vertragspartner: *Cornelius*, Rz. 665 ff.; im Ergebnis auch OLG Celle v. 13.6.2002 – 22 U 104/01, ZEV 2003, 83 (Abschlag vom Kapitalisierungsfaktor).

– Der Vorschlag *Klingelhöffers*[1], den Wert des Nutzungsrechts analog § 92 ZVG zu berechnen, blieb unerhört.

Faustregeln für die Bewertung des Nettoertrags des Nutzungsrechts: 226

– Nach einer Meinung liegt der Wert des monatlichen Nießbrauchs **oberhalb** des monatlichen **Mietwerts**, soweit auf Lebenszeit vereinbart[2]. Die Sicherheit gegenüber dem kündbaren Mietrecht sei zuschlagswürdig. Der BGH hat indes die Bewertung eines Wohnrechts anhand des Mietwerts ohne Zuschlag gebilligt[3]. Dies entspricht auch der gängigen Praxis.

– Wird der Nutzwert durch Lasten und Bewirtschaftungskosten[4] (z.B. §§ 1041 ff. BGB[5] oder konkrete Vereinbarungen) gemindert? Entscheidend ist der Nettoertrag des vorbehaltenen Rechts[6]. Eine Einkommensteuer ist aber nicht abzuziehen[7]. Der Wert mindert sich nicht dadurch, dass ein Dritter den Gegenstand unentgeltlich mitnutzt.

  Beispiel:

  Das Wohnrecht wird von Verwandten der Nutzungsberechtigten „geteilt"[8]. Nach abzulehnender Ansicht[9] mindert sich der Jahreswert der Nutzung aber dann, wenn der Dritte die Mitbenutzung auf Grundlage eines schuldrechtlichen Wohnrechts verlangen kann.

– Der Wert des **Verzichts** auf ein Nießbrauchs- oder Wohnrecht bemisst sich nach dem kapitalisierten Wert des Nutzungsrechts zum Verzichtszeitpunkt, nicht nach der Erhöhung des Verkehrswerts des Grundstücks[10].

Sonderfälle:

– Unstreitig ist ein bloßer **Sicherungsnießbrauch** nicht abzugsfähig, wenn der Sicherungsfall nicht eintrat[11].

– Der Alleineigentümer und Übergeber einer Immobilie kann sich vorbehalten, dass das Nutzungsrecht ihm und einem Dritten, z.B. seinem Ehegat-

---

1 *Klingelhöffer*, Rz. 268.
2 LG Bonn v. 17.3.1998 – 18 O 59/96, ZEV 1999, 154 (Zuschlag 20 %); vgl. Ziff. 4.4.2.2 WertR 06.
3 BGH v. 14.2.2003 – V ZR 54/02, ZEV 2003, 245.
4 BGH v. 27.1.1988 – IVb ZR 13/87, FamRZ 1988, 593; OLG Celle v. 8.7.2008 – 6 W 59/08, OLGReport 2008, 770; KG v. 12.8.1987 – 18 UF 6287/86, FamRZ 1988, 171.
5 Zur gesetzlichen Lastentragung des (Quoten-)Nießbrauchers: BGH v. 6.6.2003 – V ZR 392/02, ZEV 2003, 413.
6 OLG Koblenz v. 17.10.2001 – 9 U 166/01, ZEV 2002, 460 mit Anm. *Kornexl; Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 1015.
7 A.A. KG v. 12.8.1987 – 18 UF 6287/86, FamRZ 1988, 171.
8 OLG Köln v. 20.4.2000 – 15 U 159/99, OLGReport 2000, 443; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 94.
9 OLG Koblenz v. 6.3.2006 – W 114/06, ZErb 2006, 282 (Minderung von 40 %); *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 1015; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 102.
10 S. Rz. 220.
11 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 94.

ten, gemeinsam nach **§ 428 BGB** zusteht. Für die Kapitalisierung ist insoweit § 14 Abs. 3 BewG beachtlich[1]. Im Verhältnis von Übergeber und begünstigten Dritten kann in der Zuwendung eine eigene ergänzungspflichtige Schenkung liegen[2]. Denn Gesamtnutzungsberechtigte sind im Innenverhältnis zueinander zu gleichen Teilen berechtigt[3]. Bei begünstigten Ehegatten ist das zugewandte Nutzungsrecht pflichtteilsfest, wenn es unterhaltsrechtlich geschuldet war, was beim Eigenheim die Regel ist[4]. Hiervon zu unterscheiden sind die Fälle, in denen die Ehegatten jeweils hälftige Miteigentümer einer Immobilie sind, die sie gemeinsam unter Nutzungsvorbehalt nach § 428 BGB übertragen. Dadurch, dass die Ehegatten wechselseitig ein Nutzungsrecht an einem Hälfteteil gewähren und erlangen, liegt i.d.R. keine Schenkung, auch dann nicht, wenn ein Ehegatte nach dem Tode des erstversterbenden Ehegatten den vollen Nießbrauch nach § 428 BGB erhält. Der Vorbehalt eines Nutzungsrechts in Gesamtberechtigung bei Miteigentümern ist i.d.R. ein sog. Risikogeschäft[5].

– Der **sukzessive Zuwendungsnießbrauch** für den Ehegatten, der durch den Tod des übergebenden Erblassers bedingt ist, mindert den Wert der Immobilie stets. Das Niederstwertprinzip gilt nicht, ebenso wenig § 14 Abs. 3 BewG. Erst ab dem Todesfall hat der Eigentümer die daraus entstehende Belastung zu tragen. Es ist auf den kapitalisierten Wert des Nutzungsrechts zum Zeitpunkt des Erbfalls abzustellen[6]. Überdies ist eine pflichtteilsergänzungspflichtige Schenkung an den Begünstigten zu prüfen.

227 Zur **Beratungssituation 1** (Vorbehaltsnießbrauch). Ermittlung der Ergänzung nach BGH:

1. Geringerer Wert des Grundstücks zählt (ohne Beachtung der Nutzungsrechte), § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB:
   - Wert des Grundstücks im Zeitpunkt des Erbfalls 1999 — 1,5 Mio. Euro
   - Inflationsbereinigter Wert[7] im Zeitpunkt des Schenkungsvollzugs 1995 — 1 047 909,40 Euro
   - Der Wert im Zeitpunkt der Schenkung ist geringer und maßgeblich. Der Nießbrauch ist damit ein Abzugsposten.

1 OLG Celle v. 14.7.2003 – 6 W 72/03, ZErb 2003, 383. Die gemeinschaftliche Benutzungsmöglichkeit mindert aber nicht den Wert des Nutzungsrechts, a.A. *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 102.

2 OLG Koblenz v. 17.10.2001 – 9 U 166/01, ZEV 2002, 460; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 102; *Klingelhöffer*, Rz. 338c.

3 BGH v. 8.5.1996 – XII ZR 254/94, NJW 1996, 2153; Gutachten DNotI v. 22.4.2002, Nr. 1268 zu §§ 2325, 1030, 1093, S. 2.

4 *Wälzholz*, ZErb 2003, 337 (339).

5 Gutachten DNotI v. 22.4.2002, Nr. 1268 zu §§ 2325, 1030, 1093, S. 2 (solange keine deutlich unterschiedliche Lebenserwartung der Ehegatten vorliegt); *Heinrich*, MittRhNotK 1995, 157 (162).

6 OLG Koblenz v. 17.10.2001 – 9 U 166/01, ZEV 2002, 460 mit Anm. *Kornexl*; *Klingelhöffer*, Rz. 338c.

7 Zur Berechnung s. Rz. 224, 372.

2. Grundstückswert 1995 (ohne Inflationsausgleich!) 1 Mio. Euro
   - Abzug Nießbrauch:
     36 000 Euro (Jahresnettowert des Nießbrauchs)
     × 6.02 (Vervielfältiger für Männer von 75 Jahren,
     Anlage 9 zu § 14 BewG) 216 720 Euro
   - Schenkung 783 280 Euro

Also: Nur der Restwert des Grundstücks (Differenz zwischen Grundstücks- und Nießbrauchswert) ist verschenkt und maßgeblich.

3. Inflationsausgleich (Indexierung von 783 280 Euro bis zum Erbfall): 820 806,48 Euro

Achtung: Bei Erbfällen ab 1.1.2010 ist ggf. die Abschmelzung nach § 2325 Abs. 3 BGB vom indexierten Schenkungswert vorzunehmen. Bei Erbfällen bis 31.12.2009 verbleibt es bei der alten Rechtslage in § 2325 Abs. 3 BGB a.F.

4. Ergänzungsanspruch: Indexierte Schenkung × Pflichtteilsquote ½ = 410 403,24 Euro

Zur **Beratungssituation 2** (Nießbrauch nach § 428 BGB):

1. Geringerer Wert des Grundstücks zählt (ohne Beachtung der Nutzungsrechte), § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB:
   - Wert des Grundstücks im Zeitpunkt des Erbfalls 1999 1,5 Mio. Euro
   - Inflationsbereinigter Wert im Zeitpunkt des Schenkungsvollzugs 1995 1 047 909,40 Euro
   - Der Wert im Zeitpunkt der Schenkung ist geringer und maßgeblich[1]. Der Nießbrauchswert zum Schenkungszeitpunkt ist damit ein Abzugsposten.
2. Grundstückswert 1995 (ohne Inflationsausgleich!) 1 Mio. Euro
   - Abzug Nießbrauch nach § 428 BGB:
     36 000 Euro (Jahresnettowert des Nießbrauchs)
     × 8,990 (Vervielfältiger für Frauen von 70 Jahren,
     Anlage 9 zu § 14 BewG, § 14 Abs. 3 BewG) 323 640 Euro
   - Schenkung 676 360 Euro
   - × ½ Miteigentumsanteil des Erblassers[2] 338 180 Euro
3. Inflationsausgleich (Indexierung von 338 180 Euro bis zum Erbfall), fiktiv = 400 000 Euro

Achtung: Bei Erbfällen ab 1.1.2010 ist ggf. die Abschmelzung nach § 2325 Abs. 3 BGB vom indexierten Schenkungswert vorzunehmen. Bei Erbfällen bis 31.12.2009 verbleibt es bei der alten Rechtslage in § 2325 Abs. 3 BGB a.F.

4. Ergänzungsanspruch:Indexierte Schenkung × Pflichtteilsquote ¼ = 100 000 Euro

cc) Pflegeleistungen, Renten u.a.

Übernommene Pflegeverpflichtungen können – auch nachträglich – in Form echter Gegenleistungen bei gemischten Schenkungen als Abzugsposten in Be- 228

1 Wäre der Grundstückswert am Todestage maßgeblich, würde er durch den Nießbrauch der Witwe gem. § 428 BGB belastet sein. Anders als in den Standardfällen des Vorbehaltsnießbrauchs wäre der Nießbrauch am Todestage nicht nach § 1061 BGB erloschen. Schenkungswert daher: Immobilienwert am Todestage abzgl. Nießbrauchswert für die Witwe am Todestage × ½ Miteigentumsanteil.

2 Berechnung analog BGH v. 8.4.1992 – IV ZR 2/91, NJW 1992, 2887.

tracht kommen[1]. Die Absicherung über eine Reallast ist ratsam, §§ 1105 ff. BGB. In Altenteilsverträgen ist die Pflegepflicht grundsätzlich nicht höchstpersönlich. Sie kann durch Dritte erfüllt werden, sofern nichts Abweichendes vereinbart ist[2]. Das gilt erst recht für andere Übergabeverträge.

➲ **Beratungshinweis:** Die Gestaltung der Pflegeverpflichtung hat sorgfältig zu erfolgen[3] (Entstehung, Umfang, Ruhen und Erlöschen unter Ausschluss aller denkbaren Ansprüche für den Fall des Wegzugs des Pflegeberechtigten, z.B. wegen Heimaufenthalts). Die Beschränkung auf häusliche Pflege ist jedenfalls dann nicht sittenwidrig zulasten des Sozialhilfeträgers, wenn die Pflegebedürftigkeit bei Abschluss des Übergabevertrags nicht absehbar war[4]. Ratsam ist, die Höhe der Pflegevergütung großzügig zu vereinbaren.

Der Wert von Versorgungsleistungen unter Verwandten ist großzügig zu beurteilen, ohne dass vorschnell von einer willkürlichen Bemessung die Rede sein darf[5]. Den Parteien steht ein nicht unerheblicher Bewertungsspielraum zu[6]. Die Pflegeleistung hat für den Übergeber einen besonderen Wert, weil sie von seinen Angehörigen erbracht wird, die ihm persönliche Nähe geben und auf seine besonderen Wünsche besser eingehen als Pflegepersonal. Dies ist werterhöhend zu berücksichtigen[7]. Der Erblasser darf sich seine Versorgung in gewohnter Umgebung etwas kosten lassen[8]. Ein konkret schlechter Gesundheitszustand ist ebenfalls werterhöhend. Für Pflegeleistungen durch Kinder gelten diese Grundsätze uneingeschränkt, da § 1618a BGB keine Pflege umfasst. Bei Ehegatten ist zu berücksichtigen, dass gewisse Pflegeleistungen unterhaltsrechtlich geschuldet sind, § 1360 BGB[9]. Ferner mindert die Zuteilung des Pflegegelds an den Übernehmer den Wert der Pflegeleistung in der entsprechenden Höhe[10]. Im einzelnen:

---

1 BGH v. 8.3.2006 – IV ZR 263/04, ZEV 2006, 265; BGH v. 21.5.1986 – IVa ZR 171/84, NJW-RR 1986, 1135 (§ 2287 BGB).
2 BGH v. 14.1.2005 – V ZR 99/04, ZEV 2005, 261.
3 Checkliste bei *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 1095; Muster bei *Litzenburger*, ZEV 2009, 256.
4 BGH v. 6.2.2009 – V ZR 130/08, NJW 2009, 1346 mit zustimmender Anm. *Litzenburger*, ZEV 2009, 256.
5 OLG Oldenburg v. 4.6.1996 – 5 U 27/96, OLGReport 1996, 225.
6 *Dickhuth-Harrach*, S. 232; *Schindler*, ZErb 2003, 46 (51); vgl. BGH v. 1.2.1995 – IV ZR 36/94, ZEV 1995, 265.
7 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 99; *Kerscher/Riedel/Lenz*, § 9 Rz. 35.
8 OLG Bamberg v. 1.10.2007 – 6 U 44/07, OLGReport 2008, 523; OLG Oldenburg v. 1.7.1997 – 5 U 23/97, OLGReport 1998, 133; Palandt/*Edenhofer*, § 2325 BGB Rz. 19; OLG Braunschweig v. 16.10.2000 – 7 U 17/00, OLGReport 2001, 242; *Müller*, EE 2008, 30 (31).
9 *Klingelhöffer*, Rz. 303b. Zwischen Eltern und Kind besteht keine § 1360 BGB vergleichbare Pflicht, *Schindler*, ZErb 2004, 46 (50).
10 *Link*, Zur (teilweisen) Unentgeltlichkeit von Übergabeverträgen i.R. vorweggenommener Erbfolge, 2003, 220; *J. Mayer*, Der Übergabevertrag, Rz. 74; *Kerscher/Riedel/Lenz*, § 9 Rz. 34 (Fn. 51); Staudinger/*Werner*, § 2057a BGB Rz. 22. Dies sieht auch das Erbrechtsreformgesetz in § 2057b BGB vor, BT-Drs. 16/8954 v. 24.4.2008, S. 17 zu Nr. 14 (§ 2057b BGB).

– Die Pflegeleistung wird nach **h.M. abstrakt**[1] (ex-ante) nach der statistischen Lebenserwartung bei Vertragsabschluss bewertet. Auf die tatsächliche Inanspruchnahme der Pflege kommt es nicht an[2]. Dies ist richtig, da der Übernehmer ab Vertragsschluss das Risiko hat, die volle Pflege leisten zu müssen. Entscheidend ist, *„welchen Umfang der Pflege die Beteiligten für möglicherweise erforderlich gehalten haben"*[3]. Dies hängt davon ab, mit welcher Wahrscheinlichkeit die Pflege eintreten und welchen Aufwand sie über welchen Zeitraum bedeuten würde[4]. Hilfsweise kann auf das **objektive Pflegefallrisiko** abgestellt werden[5]. Die Meinung, dass hierüber Statistiken fehlen[6], ist inzwischen unzutreffend. Aussagekräftig ist die Pflegestatistik 2007 für Deutschland vom Statistischen Bundesamt[7]: Im Dezember 2007 waren ca. 2,25 Millionen Personen pflegebedürftig i.S.d. SGB XI. Die Mehrheit (68 %) der Pflegebedürftigen waren Frauen. Mit zunehmenden Alter steigt das Risiko, pflegebedürftig zu sein. Während bei den 70- bis unter 75-Jährigen nur jeder zwanzigste (5 %) pflegebedürftig war, wurde für die ab 90-Jährigen die höchste Pflegequote ermittelt: Der Anteil der Pflegebedürftigen an allen Personen dieser Altersgruppe betrug 62 %. Frauen ab dem achtzigsten Lebensjahr haben eine deutlich höhere Pflegequote, sind also eher pflegebedürftig als Männer dieser Altersgruppe. So beträgt bei den 85- bis unter 90-jährigen Frauen die Pflegequote 41 %, bei den Männern gleichen Alters hingegen nur 28 %. Insgesamt waren 83 % der Pflegebedürftigen 65 Jahre und älter, 35 % 85 Jahre und älter. Mehr als zwei Drittel (68 %) der Pflegebedürftigen wurden zu Hause und 32 % in Pflegeheimen

1 BGH v. 7.9.2005 – XII ZR 316/02, ZEV 2006, 268 (Wegfall der Geschäftsgrundlage einer Schwiegerkindzuwendung); BGH v. 27.5.1981 – IVa ZR 132/80, NJW 1981, 2458; BGH v. 21.5.1986 – IVa ZR 171/84, NJW-RR 1986, 1135 (§ 2287 BGB); BGH v. 11.4.2000 – X ZR 246/98, download unter www.bundesgerichtshof.de (§ 530 BGB); OLG Celle v. 8.7.2008 – 6 W 59/08, OLGReport 2008, 770; OLG Schleswig v. 25.11.2008 – 3 U 11/08, OLGReport 2009, 97; OLG Bamberg v. 1.10.2007 – 6 U 44/07, OLGReport 2008, 523; OLG Koblenz v. 17.10.2001 – 9 U 166/01, ZEV 2002, 460; OLG Köln v. 3.8.1992 – 9 U 47/91, OLGReport 1993, 43; OLG Oldenburg v. 4.6.1996 – 5 U 27/96, OLGReport 1996, 225; OLG Oldenburg v. 1.7.1997 – 5 U 23/97, OLGReport 1998, 133; OLG Braunschweig v. 16.10.2000 – 7 U 17/00, OLGReport 2001, 242; LG Bonn v. 17.3.1998 – 18 O 59/96, ZEV 1996, 154; *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 1091; Palandt/*Edenhofer*, § 2325 BGB Rz. 19; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 100.

2 BGH v. 21.5.1986 – IVa ZR 171/84, NJW-RR 1986, 1135 (§ 2287 BGB); *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 100.

3 BGH v. 21.5.1986 – IVa ZR 171/84, NJW-RR 1986, 1135 (§ 2287 BGB); *Schaal*, BWNotZ 2008, 2 (17).

4 *Link*, Zur (teilweisen) Unentgeltlichkeit von Übergabeverträgen i.R. vorweggenommener Erbfolge, 2003, 227.

5 *Worm*, RNotZ 2003, 535 (547); BGH v. 11.4.2000 – X ZR 246/98, download unter www.bundesgerichtshof.de (§ 530 BGB: Prognose der voraussichtlichen Pflegebedürftigkeit).

6 Gutachten DNotI-Report 1999, 47 (48); *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 100 und die Vorauflage.

7 „www.destatis.de" unter Suche „Pflegestatistik 2007" und anderen, im 2-Jahresturnus erstellten Pflegestatistiken.

versorgt. Die Tabelle 1 der Pflegestatistik 2007 „Alter und Pflegequote" ist in Rz. 375 abgebildet. Daten zur durchschnittlichen **Dauer der Pflege** sind bei den Statistischen Ämtern nicht vorhanden[1]. Eine neue Untersuchung geht von einer mittleren Verweildauer in einer der drei Pflegestufen für Männer von 15,8 Monaten und für Frauen von 40,3 Monaten aus[2].

Ausnahmen von der abstrakten Bewertung sind bei vorhersehbarer kürzerer Lebenserwartung möglich[3].

– Nach **a.A.** wird die Pflegeleistung **konkret**[4] (ex-post) nach tatsächlichem Bedarf und tatsächlicher Dauer berechnet, die auf Vergütungstabellen zurückgreifen kann[5]. Das ErbStG knüpft ebenfalls am tatsächlichen Pflegebedarf an[6].

– Eine weitere **a.A.**[7] differenziert: Solange die Pflege vertragsgemäß nicht zu erbringen ist, bleibt sie unberücksichtigt, argumentum § 158 Abs. 1 BGB. Nur wenn die Bedingung eingetreten ist (Pflegebedarf) oder die Verpflichtung auch „Pflege in gesunden Tagen" (Haushaltshilfe u.ä.) umfasst, ist wie beim Nießbrauch eine abstrakte Berechnung (ex-ante) durchzuführen über Anlage 9 zu § 14 BewG bzw. ab 1.1.2009 über die Tabelle zu § 14 BewG.

Überdies ist der jeweilige zu kapitalisierende **Wertansatz** der monatlichen **Pflegeleistung**[8] unsicher. Gerichtsurteile reichen von monatlich 300 DM (vertragliche Wertangabe)[9], 400 DM (vertragliche Wertangabe)[10], 800 DM (vertragliche Wertangabe)[11], 2500 DM[12] bis 3000 DM (vertragliche Wertangabe)[13],

1 Auskunft Statistisches Bundesamt vom 16.2.2009 durch Sachbearbeiterin *Blum*, pflege@destatis.de.
2 GEK-Pflegereport 2008, S. 11 mit umfassenden Erhebungen. Download unter www.zes.uni-bremen.de / homepages / rothgang / downloads / 2008_GEK-Pflegereport.pdf. *Scholz/Schulz* kommen für die Altersstufe über 60 zu einer durchschnittlichen Pflegedauer im Jahre 2005 für Frauen von 3,61 und für Männer von 2,05 Jahren, download unter www.zdwa.de/zdwa/termine/RZ...workshop/Sess1.5_Scholz_Schultz.pdf.
3 S. Rz. 225.
4 *Schindler*, ZErb 2006, 16 (21); *Stenger* in Scherer, MAH Erbrecht, § 32 Rz. 11; OLG Hamburg v. 20.8.1991 – 2 U 30/90, FamRZ 1992, 228; wohl auch Gutachten DNotI-Report 1999, 46 (48) und diejenigen, die Nutzungsrechte konkret bewerten, s. Rz. 225.
5 *Kues*, ZEV 2000, 434 ff.
6 *Halaczinsky*, ZErb 2003, 130; OFD München vom 18.12.2002, S 3806 – 38 St 353, ZEV 2003, 237; FinMin. Baden-Württemberg, Erl. v. 9.9.2008 – 3 – S 3806/37, ZEV 2008, 503 (Alternative: üblicher Stundensatz eines Pflegedienstes); a.A. FG Rheinland-Pfalz v. 23.3.2007 – 4 K 2892/04, ZEV 2007, 525 (§ 612 Abs. 2 BGB: Tariflohn für ungelernte Pflegekraft).
7 *Link*, Zur (teilweisen) Unentgeltlichkeit von Übergabeverträgen i.R. vorweggenommener Erbfolge, 2003, 225.
8 Das Entgelt hierfür ist grundsätzlich nicht steuerbar, BFH v. 14.9.1999 – IX R 88/95, ZEV 2000, 37.
9 OLG Koblenz v. 17.10.2001 – 9 U 166/01, ZEV 2002, 460.
10 OLG Köln v. 20.4.2000 – 15 U 159/99, OLGReport 2000, 443.
11 OLG Köln v. 3.8.1992 – 9 U 47/91, OLGReport 1993, 43.
12 OLG Oldenburg v. 1.7.1997 – 5 U 23/97, OLGReport 1998, 133.
13 OLG Oldenburg v. 4.6.1996 – 5 U 27/96, OLGReport 1996, 225.

912,50 Euro[1] oder 800 Euro bzw. 200 Euro[2]. Wertangaben in Überlassungsverträgen geben deren tatsächlichen Wert nicht notwendig wieder[3]. Richter haben einen Freiraum, den Wert der Pflege nach **§ 287 Abs. 2 ZPO** zu schätzen[4]. Übersicht:

– Vorgeschlagen wird vorbehaltlich einer vereinbarten angemessenen Pflegevergütung, den monatlichen Sachleistungswert gemäß § 36 Abs. 3 SGB XI[5] für häusliche (ambulante) Leistungen anzusetzen, der dem vertraglich festgelegten Pflegeumfang entspricht[6]. Dem ist zuzustimmen. Der Gesetzgeber hat zwar die im *Entwurf der Änderung* des *Erb- und Verjährungsrechts* in § 2057b BGB[7] geplante Bestimmung, dass sich der Wert i.d.R. nach diesen Beträgen bemisst, nicht übernommen. Gleichwohl stellen die Pflegesätze jedenfalls nach § 287 ZPO i.d.R. eine geeignete Schätzungsgrundlage dar. Nach a.A. sind die Pflegesätze der gesetzlichen Pflegeversicherung keine Bezugsgröße für die Angemessenheit[8].

---

1 OLG Frankfurt v. 21.2.2005 – 16 U 71/04, OLGReport 2005, 611 (§ 531 Abs. 2 BGB: Stundensatz von 10 Euro × 3 Stunden tägliche Pflege × 365 Tage × Vervielfältiger laut Sterbetafel).

2 OLG Celle v. 8.7.2008 – 6 W 59/08, OLGReport 2008, 770 (Monatswert von 800 Euro wurde auf 200 Euro gekürzt, da die Pflegepflicht „insoweit (ruht), als der Übergeber Leistungen aus der Pflegeversicherung beanspruchen kann", sie „Leistungen geschulten Personals nicht umfasst", sondern „bei der Ausgestaltung persönliche und örtliche Verhältnisse, Bedarf und Leistungsfähigkeit" zu berücksichtigen sind, „d.h. der Übernehmer wird seinen Beruf weiterhin vollschichtig ausüben").

3 BGH v. 7.9.2005 – XII ZR 316/02, BGHReport 2006, 425 (Rückabwicklung einer Schenkung).

4 BGH v. 1.2.1995 – IV ZR 36/94, ZEV 1995, 265 (§§ 516, 528 BGB); OLG Celle v. 8.7.2008 – 6 W 59/08, OLGReport 2008, 770; *Link*, Zur (teilweisen) Unentgeltlichkeit von Übergabeverträgen i.R. vorweggenommener Erbfolge, 2003, 225.

5 *Marschner*, NWB 2008, 2371 (2377): Sachleistungswert bis 30.6.2008, Pflegestufe I: 384 Euro, Pflegestufe II: 921 Euro, Pflegstufe III: 1432 Euro. Sachleistungswert ab 1.7.2008, Pflegestufe I: 420 Euro, Pflegestufe II: 980 Euro, Pflegstufe III: 1470 Euro. Sachleistungswert ab 1.1.2010, Pflegestufe I: 440 Euro, Pflegestufe II: 1040 Euro, Pflegstufe III: 1510 Euro. Bei Härtefällen der Pflegestufe III entspricht die Leistung wie bisher 1918 Euro.

6 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 99; *Worm*, RNotZ 2003, 535 (547). Bei tatsächlicher Pflege stimmt der Vorschlag mit der erbschaftsteuerlichen Bewertung überein. Hierzu *Halaczinsky*, ZErb 2003, 130 (132); FinMin. Baden-Württemberg, Erl. v. 9.9.2008 – 3 – S 3806/37, ZEV 2008, 503 (Alternative: üblicher Stundensatz eines Pflegedienstes); a.A. FG Rheinland-Pfalz v. 23.3.2007 – 4 K 2892/04, ZEV 2007, 525 (§ 612 Abs. 2 BGB: Tariflohn für ungelernte Pflegekraft).

7 BT-Drs. 16/8954 v. 24.4.2008, S. 17 zu Nr. 14 (§ 2057b BGB); ebenso *Müller*, EE 2008, 30 (32).

8 BGH v. 11.4.2000 – X ZR 246/98, download unter www.bundesgerichtshof.de (§ 530 BGB, weil die gesetzliche Pflegeversicherung bei vertraglicher Übernahme der Pflege noch nicht eingeführt war); OLG Frankfurt v. 20.10.1999 – 13 U 88/97, OLGReport 2000, 29; Gutachten DNotI-Report 1999, 46 (48); *Kerscher/Tanck*, S. 146 (2. Auflage); *Kerscher/Riedel/Lenz*, § 9 Rz. 34 (unentschieden); ablehnend *Klinger/Mörtl*, NJW-Spezial 2009, 503 (504).

– Das monatliche Pflegegeld nach §§ 64 SGB XII, 37 Abs. 1 SGB XI[1] ist unerheblich. Das Pflegegeld will nur den Anreiz zur nicht professionellen Pflege im häuslichen Bereich durch selbst beschaffte Pflegehilfen erhöhen[2]. Der Wert der Pflegeleistung wird damit nicht bemessen[3]. Nach a.A.[4] ist auf dieser Grundlage eine Schätzung möglich.

– Eine **a.A.**[5] differenziert. Bei Pflege „in gesunden Tagen" (Haushaltshilfe u.ä.) ist ein lebensnaher Stundensatz zu ermitteln. Vorrang hat dabei ein angemessener vertraglicher Stundensatz. Bei Pflege „in kranken Tagen" ist der Marktwert der Pflegeleistungen „im Geschäftsverkehr" maßgeblich. Die Kosten einer professionellen häuslichen Pflege reichen von 810 Euro (Pflegestufe I), 1950 Euro (Pflegestufe II) bis 3360 Euro (Pflegestufe III)[6].

– Entscheidungen über die Bemessung von Wertersatzrenten[7] oder ersparten Aufwendungen[8] für Pflegeleistungen bei Wegzug des Berechtigten in ein Pflegeheim, die der Sozialhilfeträger auf sich übergeleitet hat, sind wegen des unterschiedlichen Bewertungsziels nicht ohne weiteres übertragbar[9].

229 **Renten** sind ebenfalls nach der statistischen Lebenserwartung abstrakt zu bewerten[10], soweit keine Ausnahmefälle vorliegen. Auch hier bietet sich Anlage 9 zu § 14 BewG[11] bzw. ab 1.1.2009 die Tabelle zu § 14 BewG an, s. Rz. 225. Bei alternativen Methoden ist der abgezinste Barwert der Rentenverpflichtung

1 *Marschner*, NWB 2008, 2371 (2376): Pflegegeld bis 30.6.2008, Stufe I: 205 Euro, Stufe II: 410 Euro, Stufe III: 665 Euro. Das Pflegegeld steigt ab 1.7.2008 um je 10 Euro, ab 1.1.2010 erneut um je 10 Euro.

2 *Marschner*, NWB 2008, 2371 (2376).

3 OLG Frankfurt v. 20.10.1999 – 13 U 88/97, OLGReport 2000, 29.

4 *Weirich*, Rz. 1083; *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 1091.

5 *Link*, Zur (teilweisen) Unentgeltlichkeit von Übergabeverträgen i.R. vorweggenommener Erbfolge, 2003, 227.

6 Quelle: Finanztest 4/2006.

7 Nachweise bei *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 864 (täglicher Stundenaufwand × Stundensatz von 6–8 Euro bei Wegfall der Wart und Pflege; bei Wegfall Verköstigung monatlich 80 Euro); OLG Hamm v. 11.1.1999 – 5 U 50/98, OLGReport Hamm 1999, 113 (Wertersatzrente bei Altenteilsvertrag, Art. 96 EGBGB).

8 OLG Düsseldorf v. 11.7.2005 – I-9 U 193/04, ZErb 2006, 59 (Klausel „Wartung und Pflege in gesunden und kranken Tagen" bemisst sich nach Pflegestufe I: Stundensatz von 5 Euro × 45 Stunden im Monat [90 Minuten täglich × 30 Tage pro Monat] = 225 Euro mit Abschlag auf 200 Euro im Monat, weil der Berechtigte im Haushalt des Verpflichteten integriert war); OLG Schleswig v. 26.6.1997 – 5 U 225/95, OLGReport 1997, 357 (Zeitaufwand von 2 Stunden täglich × 7 DM pro Stunde in Anlehnung an ZSEG [seit 1.1.2005 JVEG] × 30,5 Tage pro Monat = 427 DM pro Monat); allg. zu ersparten Pflegeaufwendungen BGH v. 23.1.2003 – V ZB 48/02, ZErb 2003, 259; BGH v. 1.2.2002 – V ZR 61/01, MDR 2002, 626.

9 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 99.

10 BGH v. 27.5.1981 – IVa ZR 132/80, NJW 1981, 2458; OLG Schleswig v. 25.11.2008 – 3 U 11/08, OLGReport 2009, 97; OLG Köln v. 5.10.2005 – 2 U 19/05, FamRZ 2007, 814.

11 OLG Schleswig v. 25.11.2008 – 3 U 11/08, OLGReport 2009, 97.

zu ermitteln. Die Abzinsung dient der wirtschaftlichen Vergleichbarkeit von Leistung und Gegenleistung zum Zeitpunkt der Schenkung[1].

➲ **Beratungshinweis:** Die Rentenzahlungspflicht – bei der eine zeitliche Höchstgrenze oder ein Höchstbetrag[2] vereinbart werden kann – ist ggf. durch eine Reallast abzusichern.

230 Keine Gegenleistung ist die Übernahme von **Grundschulden** zur dinglichen Haftung, soweit nicht auch die gesicherte Forderung übernommen wird[3].

Umstritten ist, ob der Grundstückswert durch dinglich gesicherte **Widerrufs- oder Rückübertragungsvorbehalte** bzw. Veräusserungs- oder Belastungsverbote[4] sowie **Wiederkaufsrechte**[5] gemindert wird. Sie sind jedenfalls keine Gegenleistungen[6].

231 Als Gegenleistung werden in Übergabeverträgen auch Abfindungszahlungen[7] bzw. **Gleichstellungsgelder**[8] vereinbart, die der Übernehmer zum Ausgleich an seine Geschwister zu zahlen hat. Ist der Verkehrswert des übergebenen Grundvermögens anfänglich irrtümlich grob falsch bewertet worden, können sogar Ausgleichsansprüche der Geschwister aus §§ 242, 328 BGB direkt gegen den Übernehmer in Betracht kommen[9]. Auch **Versorgungsrechte** für andere Personen als den Übergeber sind i.d.R. Gegenleistungen, die den Wert des Geschenks mindern[10]. Zugleich können diese Zuwendungen ergänzungspflichti-

1 BGH v. 14.12.2004 – X ZR 3/03, ZEV 2005, 213 (§§ 516, 530 BGB).
2 OLG Schleswig v. 25.11.2008 – 3 U 11/08, OLGReport 2009, 97.
3 OLG Schleswig v. 25.11.2008 – 3 U 11/08, OLGReport 2009, 97 (abzugsfähige übernommene Darlehensverpflichtung); ebenso OLG Celle v. 8.7.2008 – 6 W 59/08, OLGReport 2008, 770; FG Rheinland-Pfalz v. 16.9.1999 – 4 K 3023/98, ZErb 2000, 37.
4 Ja: OLG Koblenz v. 17.10.2001 – 9 U 166/01, ZEV 2002, 460; OLG Düsseldorf v. 17.2.1999 – 9 U 125/98, OLGReport 1999, 349; OLG Hamm v. 22.2.2005 – 10 U 134/04, BeckRS 2007, 10643 (je Abschlag von 10 % vom Verkehrswert); *Müller*, EE 2008, 30 (10 %); OLG München v. 13.4.2000 – 12 UF 765/00, MittBayNot 2001, 85 (§ 1376 BGB: 33 % des Verkehrswerts der Immobilie für Rückfall bei Vorversterben/Weiterveräußerung); *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 101; a.A. *Dickhuth-Harrach*, S. 238; Verkehrswertgutachten im Verfahren LG München II, Az. 10 O 2653/03; LG München I v. 19.1.2009 – 15 O 14035/06 (nicht veröffentlicht: Veräusserungs- und Belastungsverbot).
5 S. Rz. 88.
6 OLG Brandenburg v. 7.10.1997 – 10 W 23/97, OLGReport 1998, 106.
7 BGH v. 29.11.1996 – BLw 16/96, ZEV 1997, 69 (Auslegung von Abfindungsklauseln, Vertragsstörung durch Wegfall der Geschäftsgrundlage).
8 FG Baden-Würtemberg v. 18.7.2000 – 13 K 181/96, EFG 2000, 1343 (gemischte Schenkung zwischen Übergeber und Übernehmer, Forderungsschenkung des Übergebers an den weichenden Abkömmling, bestätigt vom BFH v. 23.10.2002 – II R 71/00).
9 BGH v. 30.1.1991 – IV ZR 299/89, NJW 1991, 1345 (Wegfall der Geschäftsgrundlage); kritisch Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 111 (Schutz der weichenden Erben nach § 2325 BGB ist ausreichend).
10 BGH v. 17.3.1982 – IVa ZR 27/81, NJW 1982, 2497; OLG Koblenz v. 17.10.2001 – 9 U 166/01, ZEV 2002, 460; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 102.

ge Zuwendungen darstellen[1]. Die Übernahme der Kosten einer standesgemäßen Beerdigung stellt eine Gegenleistung dar[2], ebenso die Übernahme von Beheizung, Wasser, Strom, Abwasser, Verköstigung u.Ä. im Rahmen eines Altenteils[3]. Die Bewertung erfolgt abstrakt analog zum Nießbrauch. Sachbezugswerte[4] geben eine Orientierungshilfe für die Ermittlung der jeweiligen Jahreswerte.

f) Zehnjahresfrist nach § 2325 Abs. 3 BGB

➲ **Beratungssituation:** Mandantin ist Alleinerbin. Ihr Vater starb am 1.10.1999. Er hat ihr am 1.10.1980 (Grundbuchumschreibung) ein Zweifamilienhaus übertragen und sich an einer Wohnung ein Wohnrecht vorbehalten. Die Größe der Wohnungen ist gleich. Rückübertragungs- oder Mitspracherechte wurden nicht vorbehalten. Die Schwester macht Pflichtteilsansprüche geltend. Ist die Zehnjahresfrist verstrichen?

232 *Nach dem Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts*[5] *sind Schenkungen für Erbfälle ab 1.1.2010 nur noch innerhalb des ersten Jahres vor dem Erbfall vollständig, im zweiten Jahr nur noch zu 9/10, im dritten Jahr zu 8/10 usw. zu berücksichtigen (Kürzung um jährlich 1/10), s. Rz. 192. Beispiel:*

Abschmelzungsbeispiel

Erbfall am 4.10.2010	Ergänzungspflichtige Schenkung
Im 1. Jahr (Schenkung bis 5.10.2009)	10/10 = 100 %
Im 2. Jahr (Schenkung vom 4.10.2009–5.10.2008)	9/10 = 90 %
Im 3. Jahr (Schenkung vom 4.10.2008–5.10.2007)	8/10 = 80 %
Im 4. Jahr (Schenkung vom 4.10.2007–5.10.2006)	7/10 = 70 %
Im 5. Jahr (Schenkung vom 4.10.2006–5.10.2005)	6/10 = 60 %
Im 6. Jahr (Schenkung vom 4.10.2005–5.10.2004)	5/10 = 50 %
Im 7. Jahr (Schenkung vom 4.10.2004–5.10.2003)	4/10 = 40 %
Im 8. Jahr (Schenkung vom 4.10.2003–5.10.2002)	3/10 = 30 %

1 OLG Koblenz v. 17.10.2001 – 9 U 166/01, ZEV 2002, 460. Zur Erbschaftsteuer s. *Wälzholz*, ZErb 2003, 337 ff.

2 OLG Schleswig v. 25.11.2008 – 3 U 11/08, OLGReport 2009, 97; OLG Bamberg v. 1.10.2007 – 6 U 44/07, OLGReport 2008, 523; Gutachten DNotI-Report 1999, 46; OLG Celle v. 25.4.2002 – 22 U 51/01, OLGReport 2002, 221; *Müller*, EE 2008, 30 (32: Durchschnittskosten für Beerdigung 5000 Euro, für Grabpflege 2000 Euro).

3 Bewertung s. OLG Celle v. 25.4.2002 – 22 U 51/01, OLGReport 2002, 221; OLG Bamberg v. 1.10.2007 – 6 U 44/07, OLGReport 2008, 523 (Haushaltsführung).

4 Z.B. Nichtbeanstandungsgrenzen für unbare Altenteilsleistungen in der Land- und Forstwirtschaft, Bayer. Landesamt für Steuern, Erl. v. 25.2.2009 – S 2221.1 – 10/3 St 32/St 33, ZEV 2009, 156.

5 BT-Drs. 16/8954 v. 24.4.2008, S. 21 zu Nr. 25 (§ 2325 BGB); BGBl. ■.

Erbfall am 4.10.2010	Ergänzungspflichtige Schenkung
Im 9. Jahr (Schenkung vom 4.10.2002–5.10.2001)	2/10 = 20 %
Im 10. Jahr (Schenkung vom 4.10.2001–5.10.2000)	1/10 = 10 %
Schenkung, die **vor** dem 5.10.2000 erfolgten	10-Jahresfrist ist verstrichen: keine Pflichtteilsergänzung

Schenkungen sind pflichtteilsergänzungsfest, wenn seit ihrer Leistung bis zum **Erbfall** zehn Jahre verstrichen sind, § 2325 BGB Abs. 3, Satz 2 BGB. Die **von Amts wegen** zu beachtende **Ausschlussfrist** dient der Rechtssicherheit, dem Schutz des Beschenkten und gründet auf der vermuteten Gewöhnung des Pflichtteilsberechtigten am Vermögensopfer des Erblassers[1]. Der **Leistungserfolg** der Schenkung setzt die Frist in Lauf[2], die für jede Schenkung gesondert festzustellen ist[3]. Dies gilt auch für Erbfälle ab 1.1.2010 (Pflichtteilsreform). Unzureichend ist, wenn der Schenker von seiner Seite nur alles Erforderliche für den Rechtserwerb durch den Beschenkten getan hat. Der Leistungsbegriff in § 2325 Abs. 3 BGB ist enger als in § 2301 Abs. 2 und § 518 Abs. 2 BGB[4]. Die dortigen Erkenntnisse dürfen nicht ungeprüft auf das Pflichtteilsrecht übertragen werden[5]. **Beispiele[6]:**

- Bei beweglichen Sachen ist auf den Eigentumserwerb (§§ 929 ff. BGB), bei Grundstücken auf die Grundbuchumschreibung[7] und bei Forderungen auf die Abtretung (§§ 398 ff. BGB) abzustellen.
- In der Übergabe von Geld durch Handschenkung liegt der Leistungserfolg. Bei der Übergabe eines Schecks ist zusätzlich die Einlösung erforderlich[8]. Die Schenkung von Wertpapieren in einem Depot erfolgt durch Abtretung des Herausgabeanspruchs[9]. Die Schenkung eines Sparguthabens erfolgt durch formlose Abtretung, § 398 BGB. Die Übergabe des Sparbuchs – für § 518 Abs. 2 BGB weder erforderlich noch ausreichend[10] – dürfte hier vorausgesetzt sein, um einen fristschädlichen Nutzungsvorbehalt auszuschließen. Bei einer erst künftig entstehenden Forderung genügt die Abtretung einer bloßen Anwartschaft in keinem Falle.

1 BGH v. 17.9.1986 – IVa ZR 13/85, NJW 1987, 122; Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 51.
2 BGH v. 2.12.1988 – IVa ZR 149/86, NJW 1988, 821.
3 BGH v. 6.5.1987 – IVa ZR 41/86, NJW 1988, 138; Palandt/*Edenhofer*, § 2325 BGB Rz. 22.
4 *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 147; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 122.
5 *Schindler*, ZEV 2005, 290.
6 Ausführlich *Schindler*, ZEV 2005, 290 ff.
7 BGH v. 2.12.1988 – IVa ZR 149/86, NJW 1988, 821; a.A. *Behmer*, FamRZ 1999, 1254, der an § 8 Abs. 2 AnfG anknüpft, ebenso *Cornelius*, Rz. 822.
8 BGH v. 12.4.1978 – IV ZR 68/77, NJW 1978, 2027.
9 *Steiner*, ZEV 2009, 68 (69).
10 MüKo/*Kollhosser*, § 518 BGB Rz. 27.

- Bei Vermögensübertragungen, die durch den Tod des Erblassers aufschiebend bedingt sind, läuft die Frist zu seinen Lebzeiten nicht[1]. Aufschiebend bedingte oder befristete Übertragungen sind erst mit Eintritt der Frist oder der Bedingung geleistet[2]. Beispiel: Konto- oder Depoterrichtung des Erblassers zugunsten eines Dritten auf seinen Todesfall[3]. Dasselbe gilt, wenn der Erblasser einem Dritten eine sog. „Oder-Konto-Berechtigung" eingeräumt hat[4].
- Die Schenkung einer Leibrente ist bereits mit dem Schenkungsversprechen vollzogen, nicht erst mit Leistung der jeweils monatlich fällig werdenden Raten (streitig)[5].
- Für die Leistung eines schenkweise eingeräumten Nießbrauchs oder Wohnrechts ist auf die Grundbucheintragung abzustellen, § 873 Abs. 1 BGB. Anders liegt es nur bei ausschließlich schuldrechtlich wirkenden Nutzungsrechten.
- Genügt zur schenkweisen Aufgabe eines Rechts ein formfreier Erlass nach § 397 BGB, liegt darin bereits die Leistung. Bedarf es zur Aufgabe zusätzlich der Löschung im Grundbuch gem. § 875 BGB, beginnt die Frist erst mit der Löschung.
- Zum Fristlauf bei gesellschaftsrechtlichem Kontext s. Rz. 252 f.

Beweisbelastet für die Ausschlussfrist ist der Erbe[6].

233 Umstritten ist, ob die Vermögensübertragung unter **Nießbrauchs- bzw. Nutzungsvorbehalt** den Fristlauf in Gang setzt. Nach BGH[7], gängiger Instanzrechtsprechung[8] und überwiegender Literatur[9] beginnt die Frist nur, wenn der Erblasser seine Rechtsstellung als Eigentümer endgültig aufgibt **und** darauf verzichtet, den verschenkten Gegenstand – sei es auf Grund dinglicher oder schuldrechtlicher Ansprüche – im Wesentlichen weiterhin zu nutzen. Der

1 MüKo/*Lange*, § 2325 BGB Rz. 37; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 122.
2 *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 1974.
3 Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 55; Soergel/*Dieckmann*, § 2325 BGB Rz. 54; MüKo/*Lange*, § 2325 BGB Rz. 36.
4 *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 1974; MüKo/*Lange*, § 2325 BGB Rz. 36.
5 A.A. *Schindler*, ZEV 2005, 290 (291); *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 1974.
6 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 139.
7 BGH v. 17.9.1986 – IVa ZR 13/85, NJW 1987, 122; BGH v. 27.4.1994 – IV ZR 132/93, NJW 1994, 1791.
8 OLG München v. 25.6.2008 – 20 U 2205/08, ZEV 2008, 480; OLG Schleswig v. 25.11.2008 – 3 U 11/08, OLGReport 2009, 97; OLG Karlsruhe v. 15.1.2008 – 12 U 124/07, OLGReport 2008, 260; OLG Köln v. 13.10.2004 – 2 U 85/04, OLGReport 2005, 635; OLG Oldenburg v. 14.11.2005 – 5 W 223/05, ZEV 2006, 80.
9 Palandt/*Edenhofer*, § 2325 BGB Rz. 23; *Klingelhöffer*, Rz. 353; *Pentz*, FamRZ 1997, 724 (727), Soergel/*Dieckmann*, § 2325 BGB Rz. 56 (trotz Bedenken); Erman/*Schlüter*, § 2325 BGB Rz. 4.

Zweck von § 2325 Abs. 3 BGB fordert, dass der Erblasser den Gegenstand aus seinem Vermögen wirtschaftlich ausgliedert, also auf dessen „Genuss" verzichtet (*ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal*). Durch eine rein rechtliche Ausgliederung von Gegenständen aus dem Erblasservermögen dürfen Pflichtteilsergänzungsansprüche nicht vereitelt werden[1]. Nur ein endgültiger Nutzungsverzicht oder der Tod des Nutzungsberechtigten lösen den Fristlauf aus.

➲ **Beratungshinweis:**

- Diese Rechtsprechung vertritt der BGH seit 17.9.1986[2]. Sie hat Rückwirkung auf Überlassungsverträge, die zuvor beurkundet worden sind. Die Einschränkung der Rückwirkung infolge höchstrichterlicher Rechtsprechungsänderung kommt nur in Betracht, wenn die betroffene Partei auf die Fortgeltung der früheren Rechtsprechung vertrauen durfte und die Anwendung der geänderten Auffassung auch unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Prozessgegners eine „*unzumutbare Härte bedeuten würde*"[3]. Es ist kein Pflichtteilsfall ersichtlich, in dem diese Härte vorlag.
- Auch die Neuregelung in § 2325 Abs. 3 BGB (Abschmelzungsmodell) für Erbfälle ab 1.1.2010 kann nur eingreifen, wenn die 10-Jahresfrist überhaupt in Gang gesetzt worden ist[4]. Der Berater muss also nach wie vor mit Argusaugen – noch mehr als bisher – darauf achten, bei Übergabeverträgen eine fristschädliche Gestaltung zu vermeiden[5].

Nach abzulehnender **a.A.**[6] beginnt die Frist auch bei Schenkung unter Nutzungsvorbehalt mit dem Schenkungsvollzug. Ergänzungspflichtig ist nach dieser Ansicht der Wertzuwachs beim Beschenkten in den letzten zehn Jahren vor dem Erbfall, wenn seit Grundbuchvollzug zehn Jahre verstrichen sind. Dies entspricht der Differenz zwischen dem Wert des Grundstücks und des Nießbrauchs zehn Jahre vor dem Erbfall.

Nach h.M. wird der BGH seine Grundsätze auch auf einen **Quoten- oder Bruchteilsnießbrauch** anwenden. Es besteht Rechtsunsicherheit: 234

- Einige[7] meinen, ein Quotennießbrauch unter 50 % führe zum Fristlauf, soweit der Beschenkte im Innenverhältnis[8] ohne Zustimmung des Überge-

1 *Herrler*, ZEV 2008, 461.
2 BGH v. 17.9.1986 – IVa ZR 13/85, NJW 1987, 122.
3 OLG Köln v. 13.10.2004 – 2 U 85/04, OLGReport 2005, 635 mit Hinweis auf BGH v. 29.2.1996 – IX ZR 153/95, MDR 1996, 810.
4 *Gemmer*, EE 2009, 130 (131); *Müller*, ZNotP 2007, 445 (447); *Bonefeld*, ZErb 2007, 292 (295); *Keim*, ZEV 2008, 161 (166); *Schaal*, BWNotZ 2008, 2 (16).
5 *Schaal*, BWNotZ 2008, 2 (18).
6 *Daragan*, FS Damrau, 2007, S. 144; *Reiff*, ZEV 1998, 241 (246); MüKo/*Lange*, § 2325 BGB Rz. 38; Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 58; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 126 f.
7 *Gemmer*, EE 2009, 45 (47); *N. Mayer*, ZEV 1994, 325 (327); *Dickhuth-Harrach*, S. 218; *Wegmann*, Grundstücksüberlassung, 1999, Rz. 305.
8 §§ 741 ff. BGB sind weitgehend disponibel.

bers über die Nutzziehung entscheiden kann. Dieser rechtssicheren und praktikablen Abgrenzung ist zuzustimmen. Für den Quotenvergleich ist nur auf das jeweilige Schenkungsobjekt abzustellen, z.B. bei einem Renditeobjekt auf die Gesamtnettomieten. Soweit aber zusätzlich Rückforderungsrechte vorbehalten werden, dürfte die Instanzrechtsprechung – wie bei einem beschränkten Wohnrecht – eine Gesamtbetrachtung vornehmen.

- Andere meinen, dass die Frist läuft, wenn sich der Veräußerer nicht mehr als 25 % vom Nutzungswert vorbehält, er also auf 75 % der Nutzungen verzichtet[1].
- Nach a.A.[2] kann bereits ein Quotennießbrauch von 10 % bis 20 % dem Fristlauf entgegenstehen, nach a.A.[3] ist das Ganze eine Frage des Einzelfalls.
- Nach der Kombinationstheorie[4] ist ein Quotennießbrauch von 50 % oder mehr stets wesentlich, so dass die Frist nicht läuft. Geringere Nutzungsquoten sollen dann wesentlich sein, wenn dem Übergeber aus der verschenkten Sache wesentliche Einkünfte zufliessen. Beispiel: Die Frist läuft danach nicht bei einem ⅓-Quotennießbrauch, wenn er dem Übergeber mit einer kleinen Rente von 500 Euro monatlich zusätzlich 1000 Euro bringt. Indes: Diese subjektiven und relativen Bewertungen haben nichts mit dem Schenkungsgegenstand zu tun und sind als rechtsunsicher abzulehnen.
- Ein gespaltener Fristlauf – also Fristlauf nur für den Wert der Schenkung, die vom Teilnießbrauch nicht betroffen ist – ist abzulehnen[5]. Für ein Geschenk dürfen nicht zwei Fristen laufen (Gebot einheitlicher Fristberechnung). Die Frist beginnt also für einen Schenkungsgegenstand entweder ganz oder gar nicht[6].

➲ **Beratungshinweis:** Auf feste Quoten darf nicht vertraut werden[7]. Kommt es dem Erblasser auf den Mietertrag des Grundstücks an, ist eine **dauernde Last oder Leibrente** vorzugswürdig. Die Frist läuft bereits ab Grundbuchumschreibung (h.L.)[8], auch wenn sie durch Reallast dinglich gesichert wird.

---

1 *Cornelius*, Rz. 779 und ZErb 2006, 230 (235).
2 *Heinrich*, MittRhNotK 1995, 157; *Kerscher/Riedel/Lenz*, § 9 Rz. 101; *Worm*, RNotZ 2003, 535 (548).
3 *Schindler*, ZEV 2005, 290 (293); *Kerscher/Riedel/Lenz*, § 9 Rz. 102.
4 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 11 Rz. 125; zustimmend *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 1004.
5 *Kerscher/Riedel/Lenz*, § 9 Rz. 99; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 123.
6 *Herrler*, ZEV 2008, 461 (462); a.A. *N. Mayer*, ZEV 1994, 325 (329).
7 Auch zur Korrektur von Altverträgen, *N. Mayer*, ZEV 1994, 325 (330).
8 *Kerscher/Riedel/Lenz*, § 9 Rz. 111; *N. Mayer*, ZEV 1994, 325 (327); *Wegmann*, Grundstücksüberlassung, 1999 Rz. 426; *Worm*, RNotZ 2003, 535 (548); OLG Schleswig v. 25.11.2008 – 3 U 11/08, OLGReport 2009, 97 (stillschweigend); *Reiff*, ZEV 1998, 241 (245); zweifelnd am „Genussverzicht" *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 127.

Die Schenkung unter Rente oder dauernde Last und zeitgleicher Vereinbarung eines entgeltlichen schuldrechtlichen Nutzungsrechts für den Übergeber (**Kombinationsmodell**) ist riskant[1]. Nach einer Ansicht soll die Frist laufen, wenn die Entgeltvereinbarung 75 % des ortsüblichen Entgelts beträgt[2], nach a.A. dann, wenn der Mietvertrag kündbar und dem Übergeber für diesen Fall kein Rückübertragungsrecht eingeräumt ist[3].

Hat der Übergeber ein Grundstück an einen Dritten übergeben, und nicht sich selbst, sondern nur seinem **Ehegatten den Nießbrauch** vorbehalten, läuft die Frist nicht bzw. erst ab Scheidung oder Vorversterben des Ehegatten, da nur dann die Sache aus der ehelichen Wirtschaftsgemeinschaft ausgegliedert ist, § 2325 Abs. 3 BGB[4]. Nach a.A.[5] läuft die Frist, wenn dem Übergeber kein aufschiebend bedingtes Nutzungsrecht eingeräumt ist im Falle der Scheidung oder des Vorversterbens seines Ehegatten. Behält sich der Übergeber mit seinem Ehegatten aber den Nießbrauch gem. § 428 BGB vor, führt dies nach allgemeiner Meinung nicht zum Fristlauf[6].

Das **Wohnungsrecht** wird dem Nießbrauch nach h.M. gleichgestellt[7]. Auf eine dingliche Absicherung kommt es dabei nicht an[8]. Daher läuft die 10-Jahresfrist nicht, wenn sich das Wohnrecht auf das gesamte Gebäude erstreckt[9]. Die Frist läuft aber nicht schon dann, sobald der Berechtigte das Wohnrecht tatsächlich nicht mehr ausübt. Hierzu ist die Aufhebung des Wohnrechts nach § 875 BGB erforderlich (streitig)[10]. Hat sich der Übergeber nur an einzelnen Räumen oder in einem Mehrfamilienhaus nur an einer Wohnung ein Wohnrecht vorbehalten, besteht **Rechtsunsicherheit.** Der BGH hat hierzu noch keine Stellung genommen.

---

1 *N. Mayer*, ZEV 1994, 325 (327); *J. Mayer*, Der Übergabevertrag, Rz. 478 ff.; *Heinrich*, MittRhNtK 1995, 157 (164); *Worm*, RNotZ 2003, 535 (548, untauglich); ebenso *Schindler*, ZEV 2005, 290 (293).

2 Bei einer gemischten Schenkung könne aber das Entgelt verhältnismäßig niedriger liegen: *Cornelius*, Rz. 780.

3 *Wegmann*, Grundstücksüberlassung, 1999, Rz. 427; *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 1275.

4 *Kornexl*, ZEV 2003, 196 (198).

5 *Heinrich*, MittRhNotK 1995, 157 (162); *Wegmann*, Grundstücksüberlassung, 1999 Rz. 308 ff.; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 127; *Schindler*, ZEV 2005, 290 (294); Gutachten DNotI v. 22.4.2002, Nr. 1268 zu §§ 2325, 1030, 1093, S. 3; *Gemmer*, EE 2009, 45 (46); differenzierend *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 1006 ff.; *Worm*, RNotZ 2003, 535 (548).

6 *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 1005.

7 BGH v. 8.3.2006 – IV ZR 263/04, ZEV 2006, 265; OLG München v. 25.6.2008 – 20 U 2205/08, ZEV 2008, 480; *N. Mayer*, ZEV 1994, 325 (330); *Worm*, RNotZ 2003, 535 (548); *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 130; a.A. *Wegmann*, Grundstücksüberlassung, 1999 Rz. 338 (ein ausschließlich persönlich auszuübendes Wohnrecht an einem Wohngebäude mit bloßer Mitbenutzungsbefugnis am übrigen Grundstück ist mit einem Nießbrauch nicht vergleichbar, so dass die Frist laufe).

8 *Worm*, RNotZ 2003, 535 (548); *N. Mayer*, ZEV 1994, 325 (328).

9 *Herrler*, ZEV 2008, 461 (462).

10 *Schindler*, ZEV 2005, 290 (292).

– Nach einer Meinung läuft die Frist nicht, wenn der eigengenutzte Anteil des Übergebers überwiegt[1]. Ein Wohnrecht nur an einzelen Räumen, auch wenn die Mitbenutzung der gemeinschaftlichen Einrichtungen gestattet ist, führt danach zum Fristlauf[2].

– Teilweise wird vertreten, dass ein Wohnrecht bis etwa 50 % der Gesamtwohnfläche zumindest bei einem üblichen Leibgedingsvertrag die Frist in Gang setzt[3].

– Nach a.A. läuft die Frist nicht für den Wertanteil der Wohnung, die der Erblasser nutzt[4] (gespaltener Fristlauf). Dieser abzulehnende Vorschlag[5] wird in der Gerichtspraxis nicht aufgegriffen.

– Die **Instanzgerichte** stellen im Wege einer **Gesamtbetrachtung** zusätzlich darauf ab, ob sich der Übergeber Rückübertragungsrechte und so Einfluss auf die Immobilie vorbehalten hat[6]. **Beispiele**: Hat sich der Übergeber eines Einfamilienhauses ein Wohnrecht am Erdgeschoss und an einem Raum im Obergeschoss, ein Mitbenutzungsrecht von Gemeinschaftsanlagen sowie die Rückübertragung im Falle der Veräußerung/Belastung vorbehalten, läuft die Frist nicht[7]. Ebenso wenig läuft die Frist, wenn das Wohnrecht das gesamte Haus mit Ausnahme der Souterrainwohnung betrifft, auch wenn es Dritten nicht überlassen werden darf, der Übergeber aber berechtigt war, seine Familie und die zur Pflege und Bedienung erforderlichen Personen aufzunehmen bei Vorbehalt umfassender Rückübertragungsrechte und einem bedingten Wohnrecht für den Ehegatten[8]. Dagegen ist es **unschädlich**, wenn sich der Übergeber bei einem Zweifamilienhaus mit einer Grundstücksgröße von 2986 m² nur ein Wohnrecht von 70 m² ohne Rückübertragungsrecht vorbehält[9]. Die Frist läuft auch, wenn das Wohnrecht nur eine von zwei Wohnungen betrifft und es Dritten nicht überlassen werden darf[10] oder das Wohnrecht auf zwei Räume im Obergeschoss beschränkt ist nebst bloßer Mitbenutzungsbefugnis an den übrigen Räumen und jeweils keine Rückforderungsrechte vorbehalten worden sind[11]. Bei einer eigengenutzten Immobilie mit zwei Wohnungen läuft die Frist ebenfalls, wenn das Wohnrecht ohne Weitervermietungsmöglichkeit nur die Wohnung im Ergdgeschoss umfasst unter bloßer Mitbenutzung von Gemeinschaftsanla-

1 *Heinrich*, MittRhNotK 1995, 157 (163); *Kerscher/Riedel/Lenz*, § 9 Rz. 104.
2 *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 1086; *Gemmer*, EE 2009, 45 (48).
3 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 132.
4 *N. Mayer*, ZEV 1994, 325 (329).
5 *Herrler*, ZEV 2008, 461 (462).
6 Zustimmend *Herrler*, ZEV 2008, 461 (463); *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 132, 126.
7 OLG Düsseldorf v. 18.12.1998 – 7 U 78/98, MittBayNot 2000, 120.
8 OLG München v. 25.6.2008 – 20 U 2205/08, ZEV 2008, 480.
9 OLG Celle v. 27.5.2003 – 6 U 236/02, OLGReport 2003, 371.
10 OLG Oldenburg v. 14.11.2005 – 5 W 223/05, ZEV 2006, 80.
11 OLG Bremen v. 25.2.2005 – 4 U 61/04, NJW 2005, 1726.

gen, auch wenn zu Lebzeiten des Übergebers ein Veräußerungsverbot mit Rückübertragungsrecht vereinbart war, das aber keinen wesentlichen Einfluss auf die weitere Verwendung der Immobilie gewährt hat[1].

➲ **Beratungshinweis:** Offen bleibt, welche Rückforderungsrechte in Verbindung mit einem beschränkten Wohnrecht fristschädlich sind. Es sollten diejenigen unschädlich sein, die einen Zugriff Dritter auf den Schenkungsgegenstand verhindern wollen und die der Übergeber nicht beeinflussen kann[2]. Bei der Gestaltung von Übergabeverträgen ist auf Risiken ausdrücklich hinzuweisen (**Haftungsfalle**). Je weniger Rechte und Mitspracherechte sich der Schenker vorbehält, desto sicherer ist der Fristlauf. „Wer zu viel beschwert, schenkt verkehrt[3]." Das gilt auch für die Neuregelung in § 2325 Abs. 3 BGB (Abschmelzungsmodell) für Erbfälle ab 1.1.2010, die nur eingreift, wenn die 10-Jahresfrist überhaupt in Gang gesetzt worden ist[4].

Sonderfälle:

– Der Fristlauf kann durch folgende Gestaltung gesichert werden: Zunächst wird eine größere Immobilie in **Wohnungseigentum** aufgeteilt. Anschließend erhält der Übergeber nur an der selbst genutzten Wohnung ein Wohnrecht/Nießbrauch. Die anderen, neu gebildeten Eigentumswohnungen werden ohne Nutzungsvorbehalt (gesonderte Schenkungen) übertragen, was den Fristlauf auslöst[5].

– Überdies wird eine **zeitlich versetzte** Gestaltung vorgeschlagen: Zunächst erfolgt eine unbeschränkte Grundstücksübertragung (Schenkung vom Erblasser), später dann die Einräumung eines Nutzungsrechts zugunsten des Erblassers (Schenkung an den Erblasser). Indes ist die Gestaltung bei einem einheitlichen Plan – von dem bei einer gewissen zeitlichen Nähe der Verträge auszugehen ist – rechtsmissbräuchlich. In der Praxis kann der Pflichtteilsberechtigte aber Beweisprobleme haben[6]. Das umgekehrte Problem entsteht, wenn zuerst mit fristschädlichem Nutzungsvorbehalt geschenkt und später auf das vorbehaltene Nutzungsrecht verzichtet wird. Hier sollte die Frist laufen, sobald keine wesentliche Nutzung des Erblassers mehr vorliegt (einheitlicher Fristlauf)[7].

---

1 OLG Karlsruhe v. 15.1.2008 – 12 U 124/07, OLGReport 2008, 260 (Übergeber war nicht mehr „Herr im Haus").
2 *Herrler*, ZEV 2008, 461 (464).
3 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 134.
4 *Gemmer*, EE 2009, 130 (131); *Müller*, ZNotP 2007, 445 (447); *Bonefeld*, ZErb 2007, 292 (295); *Keim*, ZEV 2008, 161 (166); *Schaal*, BWNotZ 2008, 2 (16).
5 *Schindler*, ZEV 2005, 290 (295); *Gemmer*, EE 2009, 45 (47); *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 1123; *N. Mayer*, ZEV 1994, 325 (329); *Worm*, RNotZ 2003, 535 (548); *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 1004.
6 *Schindler*, ZEV 2005, 290 (292).
7 *Schindler*, ZEV 2005, 290 (292); a.A. *Klingelhöffer*, Rz. 354.

- Die Schenkung gegen anschließende **Leihe** stellt keine Leistung dar, so dass die Frist nicht läuft[1].
- An einer wirtschaftlichen Ausgliederung kann es nach einer Ansicht sogar fehlen, wenn der Schenkungsgegenstand vom Schenker nur rein **tatsächlich weitergenutzt**[2] wird, z.B. die Schenkung von Mobiliar an den Lebensgefährten bei gemeinsamer Wohnung. Dem ist nicht zu folgen[3] (sofern keine stillschweigende Vereinbarung über ein Nutzungsrecht vorliegt).
- Auch bei **Familienstiftungen** ist darauf zu achten, dass Zahlungen der Stiftung an den Stifter und dessen Ehepartner als Destinäre nur soweit erfolgen, dass kein Nutzungsvorbehalt angenommen werden kann[4].
- Der Vorbehalt eines wesentlichen Wohnrechts nur zugunsten des **Ehegatten** ist analog zur gleichen Sachlage beim Nießbrauch zu behandeln[5].

235 Hat sich der Erblasser das **freie Widerrufs- oder Rückforderungsrecht** der Schenkung vorbehalten, läuft nach starker Meinung[6] keine Frist, ohne dass es auf einen Nießbrauchs- oder Wohnrechtsvorbehalt ankommt. Dies ist abzulehnen[7]. Ein Schutzbedürfnis des Pflichtteilsberechtigten ist nicht ersichtlich. Fällt das Geschenk an den Erblasser zurück, ist es wieder im Nachlass. Der BGH hat dies noch nicht entschieden. Überdies wird vertreten, dass die Frist bei Widerrufs- oder Rückforderungsrechten läuft, die der Erblasser nicht willkürlich herbeiführen kann[8]. **Beispiele:** Rückübertragung für die Fälle des Vorversterbens, der Heirat, der Insolvenz, der Zwangsvollstreckung in das Anwesen oder Veräußerung und Belastung ohne Zustimmung des Übergebers[9]. Nach unzutreffender Ansicht des *OLG Düsseldorf* soll bereits ein Rückübertragungsrecht für den Fall der Veräußerung und Belastung durch den Erwerber

1 *Schindler*, ZEV 2005, 290 (293).
2 *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 1977; *Olshausen*, FamRZ 1995, 717 (719); *N. Mayer*, ZEV 1994, 325 (328); erwägend *Schindler*, ZEV 2005, 290 (294).
3 Gutachten DNotI v. 22.4.2002, Nr. 1268 zu §§ 2325, 1030, 1093 BGB, S. 3 (unter Hinweis auf Leitsatz a) in BGH v. 27.4.1994 – IV ZR 132/93, NJW 1994, 1791; *Wegmann*, Grundstücksüberlassung, 1999, Rz. 310.
4 *Cornelius*, ZErb 2006, 230 (234 f.).
5 *Gemmer*, EE 2009, 45 (48).
6 *Schindler*, ZEV 2005, 290 (294); *Herrler*, ZEV 2008, 526; *N. Mayer*, ZEV 1994, 325 (329); *Kerscher/Riedel/Lenz*, § 9 Rz. 108; *Cornelius*, Rz. 781 f.; Erman/*Schlüter*, *§ 2325 BGB Rz. 4*; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 133; *Winkler*, ZEV 2005, 89 (94).
7 *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 1001; *Dickhuth-Harrach*, S. 219; *Heinrich*, MittRhNotK 1995, 157 (165); Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 59; Gutachten DNotI-Report 2002, 179; *Gottwald*, § 2325 BGB Rz. 38; zur teleologischen Reduktion von § 2325 BGB *Kornexl*, ZEV 2003, 196 (197 f.).
8 Übersicht bei *Schindler*, ZEV 2005, 290 (294); *Heinrich*, MittRhNotK 1995, 157 (165); *Winkler*, ZEV 2005, 89 (94).
9 *Herrler*, ZEV 2008, 461 (464); *Reimann*, WPK-Mitt. 2000, 92 (100).

ohne Zustimmung des Übergebers fristschädlich sein[1]. Nach **a.A.** ist stets eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen, ob die Rückübertragungsrechte in Verbindung mit den übrigen Vertragsregelungen einem Genussverzicht entgegenstehen[2]. Diesen Ansatz übernehmen Instanzgerichte bei einem zusätzlich vereinbarten Nutzungsrecht des Schenkers.

Zur **Beratungssituation**: Im Wege der Gesamtbetrachtung hat sich der Erblasser keine wesentliche Nutzung vorbehalten. Die Zehnjahresfrist ist zulasten des Pflichtteilsberechtigten abgelaufen.

Fristbeginn bei Schenkung unter Ehegatten: Bei Schenkungen unter Ehegatten während der Ehezeit beginnt die Frist nicht vor Auflösung der Ehe, § 2325 Abs. 3, Satz 3 BGB. Der Güterstand spielt keine Rolle. Die Motive gehen davon aus, dass der Erblasser während der Ehe noch nicht auf den Genuss des Schenkungsgegenstands verzichtet. Die Benachteiligung der Ehegatten gegenüber anderen Beschenkten ist nicht verfassungswidrig[3]. Die Pflichtteilsreform hat die Benachteiligung aufrecht erhalten[4]. Es spricht aber alles dafür, den Fristlauf bei Ausgliederung aus der ehelichen Wirtschaftsgemeinschaft eintreten zu lassen (teleologische Reduktion), z.B. wenn der beschenkte Ehegatte die Sache an Dritte überträgt[5]. De lege ferenda fordern gewichtige Stimmen, die Ungleichbehandlung zulasten der Ehegatten aufzuheben[6]. Die überwiegende Meinung[7] wendet sich zu Recht **gegen** jede **erweiternde Anwendung** der Ausnahmeregelung[8]. Sie ist nicht analog anzuwenden auf Verlobte oder nichteheliche Lebenspartner, auf voreheliche Schenkungen an den späteren Ehegatten (Hemmung der Frist während der Ehezeit) oder nacheheliche Schenkungen vor Wiederheirat[9]. Nach h.M. ist § 2325 Abs. 3, Satz 3 BGB 236

1 OLG Düsseldorf v. 11.4.2008 – 7 U 70/07, ZEV 2008, 525 mit ablehnender Anm. *Herrler*, ZEV 2008, 526 f.; a.A. zutreffend LG München I v. 11.2.2008 – 35 O 167/44, BeckRS 2008, 24625.

2 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 134.

3 BVerfG v. 6.4.1990 – 1 BvR 171/90, NJW 1991, 217; kritisch *Haas*, ZEV 2000, 249 (260); Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 60; *Klingelhöffer*, Rz. 355; für Verfassungswidrigkeit *Daragan*, ZErb 2008, 2 ff. und *Daragan*, FS Damrau, 2007, S. 133 f.

4 Kritisch hierzu *Spall*, ZErb 2007, 272 (278); *Muscheler*, ZEV 2008, 105 (107); *Bonefeld*, ZErb 2007, 292 (295); *Reimann*, FamRZ 2007, 1597 (1599).

5 *Daragan*, ZErb 2008, 2 ff.; *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 1843; *Kornexl*, ZEV 2003, 196 (198).

6 Beschluss des 64. *DJT* 2004 (⅔-Mehrheit); Stellungnahme *Bundesrat* zur BT-Drs. 16/8954 v. 24.4.2008, S. 32 zu Nr. 25 (§ 2325 Abs. 3 BGB); *Deutscher Notarverein*, Notar 2007, 148 (152); *Muscheler*, ZEV 2008, 105 (107); *J. Mayer*, Stellungnahme im Rechtsausschuss v. 6.10.2008, S. 10 zur BT-Drs. 16/8954 v. 24.4.2008; *Reimann*, FamRZ 2007, 1597 (1599); *Bonefeld*, ZErb 2007, 292 (295).

7 MüKo/*Lange*, § 2325 BGB Rz. 39; OLG Düsseldorf v. 31.5.1996 – 7 U 120/95, NJW 1996, 3156; *Pentz*, NJW 1997, 2033.

8 A.A. OLG Celle v. 14.5.1998 – 22 U 230/97, OLGReport 1998, 361; OLG Zweibrücken v. 22.2.1988 – 4 U 121/97, FamRZ 1994, 1492; OLG Köln v. 22.7.1993 – 22 U 26/93 (unveröffentlicht).

9 MüKo/*Lange*, § 2325 BGB Rz. 39.

auch auf **gleichgeschlechtliche Lebenspartner** anwendbar, § 10 Abs. 6 Satz 2 LPartG[1].

g) Berechnungsschema

➲ **Beratungssituation:** Mandant ist pflichtteilsberechtigt. Seine Schwester ist Alleinerbin der verstorbenen ledigen Mutter. Nachlasswert: 40 000 Euro. Die Erblasserin hat 11 Monate vor ihrem Tod ein Grundstück von 1 Mio. Euro auf die Alleinerbin übertragen. Wie hoch ist der Pflichtteilsergänzungsanspruch?

237 **Weg 1: Lehrbuchermittlung**

Schritt 1: Bildung Pflichtteilsergänzungsnachlass
= Reinnachlass + ergänzungspflichtige Schenkungen

Schritt 2: Ermittlung gesetzlicher Erbanteil

Schritt 3: Ermittlung Pflichtteilsergänzungsanteil
= Erbanteil: 2

Schritt 4: Pflichtteilsergänzungsanspruch
= Pflichtteilsergänzungsanteil aus Pflichtteilsergänzungsnachlass minus ordentlicher Pflichtteil aus Reinnachlass

Achtung: Bei Erbfällen ab 1.1.2010 ist ggf. die Abschmelzung nach § 2325 Abs. 3 BGB vom indexierten Schenkungswert vorzunehmen. Bei Erbfällen bis 31.12.2009 verbleibt es bei der alten Rechtslage in § 2325 Abs. 3 BGB a.F.

Weg 2: Schnelle Berechnung

(unzulässig[2], soweit realer Reinnachlass unter 0 Euro bzw. §§ 2326 Satz 2, 2327 BGB, 2315, 2316 BGB eingreifen)

Ergänzungsanspruch = Wert der Schenkungen × Pflichtteilsquote

Achtung: Bei Erbfällen ab 1.1.2010 ist ggf. die Abschmelzung nach § 2325 Abs. 3 BGB vom indexierten Schenkungswert vorzunehmen. Bei Erbfällen bis 31.12.2009 verbleibt es bei der alten Rechtslage in § 2325 Abs. 3 BGB a.F.

Zur **Beratungssituation**:

Weg 1:

Realer Reinnachlass	40 000 Euro
Ergänzungspflichtige Schenkung[3]	1 000 000 Euro
Pflichtteilsergänzungsnachlass	1 040 000 Euro
Ergänzungserbanteil (Erbquote ½ × 1 040 000 Euro)	520 000 Euro
Ergänzungspflichtteil (520 000 Euro: 2)	260 000 Euro
Abzug ordentlicher Pflichtteil (40 000 Euro × ¼)	10 000 Euro
Pflichtteilsergänzungsanspruch	250 000 Euro

1 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 137; Soergel/*Dieckmann*, § 2325 BGB Rz. 57; a.A. *N. Mayer*, ZEV 2001, 169 (173).
2 BGH v. 15.11.1988 – IVa ZR 74/87, FamRZ 1989, 273.
3 Hier ohne Inflationsausgleich.

Weg 2:

Ergänzungspflichtige Schenkung[1]	1 000 000 Euro
× Pflichtteilsquote ¼ Ergänzungsanspruch	250 000 Euro

2. Pflichtteilsergänzungsanspruch gegen den Beschenkten, § 2329 BGB

a) Haftung

➲ **Beratungssituation:** Mandant ist pflichtteilsberechtigt. Er ist der einzige Abkömmling der verwitweten Erblasserin, gestorben 31.12.2009. Nachlasswert: 10 000 Euro. Alleinerbin ist eine entfernte Bekannte. Die Erblasserin hat ihr vor fünf Jahren 80 000 Euro geschenkt. Hat Mandant Ergänzungsansprüche, nachdem die Erbin ihre Haftung auf den Nachlass beschränkt hat?

238 *Nach dem Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts*[2] *sind Schenkungen nur noch innerhalb des ersten Jahres vor dem Erbfall vollständig, im zweiten Jahr nur noch zu 9/10, im dritten Jahr zu 8/10 usw. zu berücksichtigen, s. Rz. 192. Dies begünstigt auch den Beschenkten.*

Der Erbe ist grundsätzlich Schuldner des Ergänzungsanspruchs, § 2325 BGB. Der **Beschenkte** haftet **subsidiär**, § 2329 BGB[3]. Seine Haftung beginnt, wenn diejenige des Erben endet[4]. Sie besteht in der Differenz zwischen dem Anspruch aus § 2325 BGB und demjenigen, zu dem der Erbe nach § 2329 BGB verpflichtet ist[5]. Die Haftung für den Fehlbetrag richtet sich nach §§ 812 ff. BGB. Daher sind nicht nur der geschenkte Gegenstand, sondern auch Surrogate und gezogene Nutzungen herauszugeben[6]. Bei einer Unmöglichkeit der Herausgabe wird Wertersatz geschuldet, § 818 Abs. 2 BGB[7]. Die Haftung mindert sich, soweit der Beschenkte entreichert ist, § 818 Abs. 3 BGB. Kosten aus Anlass der Schenkung, ebenso alle anderen Nachteile sowie Aufwendungen und Ausgaben für das Geschenk[8] mindern die Bereicherung. Untergang oder Verschlechterung des Geschenks führen zur Entreicherung[9]. Der Wegfall der Bereicherung kann auch auf Anfechtung der Schenkung nach §§ 134 InsO, 4 AnfG[10] oder der unentgeltlichen Weitergabe des Geschenks beruhen[11]. Bei Geldgeschenken ist

1 Hier ohne Inflationsausgleich.
2 BT-Drs. 16/8954 v. 24.4.2008, S. 21 zu Nr. 25 (§ 2325 BGB); BGBl. ■.
3 BGH v. 4.4.1990 – IV ZR 344/88, NJW 1990, 2063; BFH v. 8.10.2003 – II R 46/01, NJW 2004, 1198.
4 Zum Wesen des Anspruchs, BGH v. 29.5.1974 – IV ZR 163/72, NJW 1974, 1327.
5 BGH v. 10.11.1982 – IVa ZR 29/81, NJW 1983, 1485; Staudinger/*Olshausen*, § 2329 BGB Rz. 23.
6 Staudinger/*Olshausen*, § 2329 BGB Rz. 28; MüKo/*Lange*, § 2329 BGB Rz. 9.
7 Zu Nießbrauch und Pflegeleistung OLG Koblenz v. 17.10.2001 – 9 U 166/01, ZEV 2002, 460 mit krit. Anm. *Kornexl*.
8 MüKo/*Lange*, § 2329 BGB Rz. 9; Staudinger/*Olshausen*, § 2329 BGB Rz. 26.
9 Surrogate können dann Zugriffsobjekt sein, § 818 Abs. 1 BGB.
10 MüKo/*Lange*, § 2329 BGB Rz. 9; Staudinger/*Olshausen*, § 2329 BGB Rz. 25.
11 Dann Haftung des Dritten nach § 822 BGB, Staudinger/*Olshausen*, § 2329 BGB Rz. 30.

fraglich, ob regelmäßig vom Wegfall der Bereicherung auszugehen ist[1]. Die verschärfte Haftung gemäß §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 BGB[2] tritt frühestens mit dem Erbfall ein[3].

239 Der **Klageantrag**[4] ist bei Geldgeschenken oder einer Surrogats- oder Wertersatzpflicht aus § 818 Abs. 2 BGB auf Zahlung gerichtet. Bei anderen Geschenken ist der Anspruch auf **Duldung der Zwangsvollstreckung** in den beschenkten Gegenstand in Höhe des exakt zu beziffernden Fehlbetrags durchzusetzen[5]. Der Beschenkte kann die Vollstreckung durch Zahlung des Fehlbetrags abwenden, § 2329 Abs. 2 BGB. Diese Ersetzungsbefugnis liegt alleine in seinem Ermessen[6].

240 § 2329 BGB begründet keine Nachlassverbindlichkeit. Eine Stundung nach § 2331a BGB oder die Haftungsbeschränkung auf den Nachlass[7] ist verwehrt. Die Ansprüche des Vertragserben aus **§ 2287 BGB** und des Pflichtteilsberechtigten aus § 2329 BGB gegen den Beschenkten stehen selbstständig nebeneinander[8]. Wenn ein pflichtteilsberechtigter Erbe wegen desselben Geschenks Ansprüche aus §§ 2329 Abs. 1 und 2287, 2288 BGB hat, soll sein Anspruch aus § 2329 BGB eo ipso zurücktreten, soweit ein Fehlbetrag durch §§ 2287, 2288 BGB ausgeglichen ist[9].

➲ **Beratungshinweis:** Die Verjährung der Ansprüche aus § 2329 BGB beginnt ohne Rücksicht auf die Kenntnis des Pflichtteilsberechtigten mit dem Erbfall, § 2332 Abs. 2 BGB a.F. (starre Dreijahresfrist) bzw. für Erbfälle ab 1.1.2010 § 2332 Abs. 1 BGB.

b) Subsidiarität

241 Der Beschenkte[10] haftet subsidiär, soweit der Erbe zur Ergänzung nicht verpflichtet ist, § 2329 Abs. 1 Satz 1 BGB. Vier Fälle sind anerkannt:

---

1 Dafür Staudinger/*Olshausen*, § 2329 BGB Rz. 57; a.A. OLG Celle v. 20.2.1997 – 22 U 35/96, OLGReport 1997, 107.
2 Über § 292 BGB folgt die Haftung aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, §§ 989 ff. BGB.
3 MüKo/*Lange*, § 2329 BGB Rz. 10; Staudinger/*Olshausen*, § 2329 BGB Rz. 29.
4 S. Rz. 367.
5 BGH v. 4.4.1990 – IV ZR 344/88, NJW 1990, 2063; Staudinger/*Olshausen*, § 2329 BGB Rz. 33.
6 Staudinger/*Olshausen*, § 2329 BGB Rz. 35.
7 Staudinger/*Olshausen*, § 2329 BGB Rz. 12; *Gottwald*, § 2329 BGB Rz. 9.
8 MüKo/*Lange*, § 2329 BGB Rz. 17 mit weiteren Fallkonstellationen.
9 BGH v. 4.4.1990 – IV ZR 344/88, NJW 1990, 2063, a.A. *Müko/Lange*, § 2329 BGB Rz. 17; Staudinger/*Olshausen*, § 2329 BGB Rz. 52 (Wahlrecht des Pflichtteilsberechtigten).
10 U.U. auch derjenige, der vom Erblasser eine Abfindung für einen Erb- und/oder Pflichtteilsverzicht erhalten hat, OLG Hamm v. 18.5.1999 – 10 U 65/98, MDR 2000, 337; s. Rz. 208.

(1) Es ist kein Nachlasswert vorhanden bzw. der Nachlass überschuldet[1].

(2) Der Erbe hat seine Haftung nach §§ 1975, 1990, 1991 Abs. 4, 2060 BGB, § 327 InsO beschränkt[2] oder haftet nur als Teilschuldner[3]. Damit genügt nach h.M. auch die Einrede der Dürftigkeit des Nachlasses[4].

(3) Der Erbe hat die Möglichkeit der Erhebung der Einrede aus § 2328 BGB[5]. Die a.A.[6] verlangt, dass sie vor Inanspruchnahme des Beschenkten vom Erben erhoben wurde. Der BGH unterstellt die Erhebung der Einrede[7], wenn sämtliche Miterben pflichtteilsberechtigt sind. Überdies liegt in der Verweigerung der Pflichtteilsergänzung i.d.R. stillschweigend die Einrede, so dass der Streit wenig praktische Bedeutung hat[8].

(4) Der Pflichtteilsberechtigte ist Alleinerbe, § 2329 Abs. 1 Satz 2 BGB[9].

Der Beschenkte haftet **nicht**, soweit der unbeschränkt haftende Erbe tatsächlich unbelangbar ist[10]. 242

Beispiele:

Zahlungsunfähigkeit oder fruchtlose Zwangsvollstreckung. Dies folgt bereits aus dem Wortlaut („rechtlich nicht verpflichtet"). Die a.A.[11] führt dazu, dass der Beschenkte das Insolvenzrisiko des Erben trägt, auch wenn er den Nachlass verprasst und die Haftungsbeschränkung auf den Nachlass verspielt hat[12].

➲ **Beratungshinweis:** § 2325 BGB und § 2329 BGB unterscheiden sich in Haftungs- und Verjährungsfragen wesentlich. Stets ist zu prüfen, ob der

1 BGH v. 19.3.1981 – IVa ZR 30/80, NJW 1981, 1446 (nur relevant, wenn durch die Hinzurechnung der Schenkung ein Aktivnachlass entsteht); *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 209.
2 SchlHOLG v. 7.6.1999 – III W 32/99, OLGReport 1999, 369; *Lange/Kuchinke*, § 37 IX 7.a).
3 BGH v. 19.3.1981 – IVa ZR 30/80, NJW 1981, 1446; Staudinger/*Olshausen*, § 2329 BGB Rz. 8.
4 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 209; Staudinger/*Olshausen*, § 2329 BGB Rz. 8; *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 159.
5 Palandt/*Edenhofer*, § 2329 BGB Rz. 2; *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 159; *Pentz*, MDR 1998, 132 (133); Soergel/*Dieckmann*, § 2329 BGB Rz. 7.
6 MüKo/*Lange*, § 2329 BGB Rz. 4; OLG Zweibrücken v. 25.6.1972 – 1 U 146/75, NJW 1977, 1825; OLG Schleswig v. 14.8.2001 – 3 U 142/00, OLGReport 2002, 138; Staudinger/*Olshausen*, § 2329 BGB Rz. 9; *Klingelhöffer*, Rz. 104; *Lenz*, ZErb 2002, 4 (5); vermittelnd OLG Stuttgart v. 10.8.2000 – 19 U 33/00, ZErb 2000, 173 (Einzelfall entscheidet).
7 BGH v. 19.3.1981 – IVa ZR 30/80, NJW 1981, 1446; OLG Celle v. 8.7.2008 – 6 W 59/08, OLGReport 2008, 770.
8 Staudinger/*Olshausen*, § 2329 BGB Rz. 9.
9 Staudinger/*Olshausen*, § 2329 BGB Rz. 14.
10 BGH v. 3.12.1998 – III ZR 288/96, MDR 1999, 227 (§ 822 BGB); OLG Frankfurt v. 20.10.1999 – 13 U 88/97, OLGReport 2000, 29; MüKo/*Lange*, § 2329 BGB Rz. 3; Soergel/*Dieckmann*, § 2329 BGB Rz. 8; Palandt/*Edenhofer*, § 2329 BGB Rz. 2.
11 Staudinger/*Olshausen*, § 2329 BGB Rz. 10.
12 SchlHOLG v. 7.6.1999 – III W 32/99, OLGReport 1999, 369; *Pentz*, MDR 1998, 132 (133).

Schuldner als Erbe oder Beschenkter in Anspruch genommen wird. Ist der **Beschenkte zugleich Erbe**, haftet er zunächst aus § 2325 BGB mit dem Vorbehalt nach § 780 ZPO. Nur soweit er als Erbe „nicht verpflichtet ist", haftet er nach § 2329 BGB. Insoweit ist bei Grundstücksschenkungen ggf. eine Abänderung des Klageantrags erforderlich, worauf das Gericht hinzuweisen hat[1].

Zur **Beratungssituation**. Mandant hat folgenden Ergänzungsanspruch:

Haftung der Erbin aus §§ 2303, 2325 BGB:	
Realer Nachlass	10000 Euro
Schenkung[2]	80000 Euro

Achtung: Bei Erbfällen ab 1.1.2010 ist ggf. die Abschmelzung nach § 2325 Abs. 3 BGB vom indexierten Schenkungswert vorzunehmen. Bei Erbfällen bis 31.12.2009 verbleibt es bei der alten Rechtslage in § 2325 Abs. 3 BGB a.F.

Gesamtnachlass	90000 Euro
Gesamtpflichtteil ½	45000 Euro
Abzug ordentlicher Pflichtteil	5000 Euro
Pflichtteilsergänzungsanspruch	40000 Euro
Abzug Resthaftung Erbin (Haftungsbeschränkung auf Nachlass)	5000 Euro
Haftung der Erbin als Beschenkte aus § 2329 BGB: Fehlbetrag	35000 Euro

c) Mehrere Beschenkte, § 2329 Abs. 3 BGB

➲ **Beratungssituation:** Mandant ist Alleinerbe seiner 1998 verstorbenen Frau. Kinder sind nicht vorhanden. Nachlasswert: 0 Euro. Die Erblasserin hat 1996 zeitgleich ihrer Nichte ein Grundstück im Wert von 600000 Euro (Grundbuchumschreibung 1997) und ihrem Neffen ein Grundstück im Wert von 700000 Euro geschenkt (Grundbuchumschreibung 1996). Beide Beschenkte haben Vertragskosten von 5000 Euro aufgewendet. Wer ist Schuldner des Ergänzungsanspruchs?

243 § 2329 Abs. 3 BGB bestimmt die Rangfolge der Haftung, wenn der Erblasser mehrere beschenkt hat.

– Vorrangig haftet der **zuletzt Beschenkte**. Beurteilungszeitpunkt ist der Schenkungsvollzug, nicht die Schenkungsabrede, spätestens aber der Erbfall[3].

  Der **früher Beschenkte** haftet, soweit ein später Beschenkter nicht gemäß § 2329 BGB verpflichtet ist[4]. Dafür ist nicht dessen Zahlungsfähigkeit entscheidend, sondern ob die Verpflichtung aus bereicherungsrechtlichen Gründen entfallen ist zum Zeitpunkt der Klagezustellung (§ 818 Abs. 4

1 Staudinger/*Olshausen*, § 2329 BGB Rz. 11.
2 Hier ohne Inflationsausgleich.
3 Bei nicht am Todestag erfüllten Schenkungsversprechen, Staudinger/*Olshausen*, § 2329 BGB Rz. 61; wohl auch BGH v. 10.11.1982 – IVa ZR 29/81, NJW 1983, 1485.
4 BGH v. 4.6.1955 – IV ZR 183/54, NJW 1955, 1185.

BGB) oder seiner Kenntniserlangung von der Rückgewährverpflichtung (§ 819 Abs. 1 BGB)[1]. Bei Ansprüchen auf Duldung der Zwangsvollstreckung soll aber zugunsten des Pflichtteilsberechtigten die in der Vollstreckung erlangte Befriedigung maßgeblich sein[2].

– Werden verschiedene Personen gleichzeitig beschenkt, haften sie anteilig nach dem Verhältnis der Schenkungsbeträge[3]

Zur **Beratungssituation**: Mandant hat Ansprüche aus § 2329 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 BGB:

Pflichtteilsergänzungsnachlass[4]	1 300 000 Euro
Pflichtteilsquote ½	650 000 Euro
Haftung der später beschenkten Nichte (Grundbuchvollzug):	
Schenkung an Nichte	600 000 Euro
Abzug Kosten, § 818 Abs. 3 BGB	5 000 Euro
Haftung Nichte	595 000 Euro
Haftung des früher beschenkten Neffen:	
Pflichtteilsergänzungsanspruch	650 000 Euro
Abzug Haftung Nichte	595 000 Euro
Fehlbetrag	55 000 Euro
Abzug Kosten, § 818 Abs. 3 BGB	5 000 Euro
Haftung Neffe	50 000 Euro

Achtung: Bei Erbfällen ab 1.1.2010 ist ggf. die Abschmelzung nach § 2325 Abs. 3 BGB vom indexierten Schenkungswert vorzunehmen. Bei Erbfällen bis 31.12.2009 verbleibt es bei der alten Rechtslage in § 2325 Abs. 3 BGB a.F.

VII. Pflichtteil und Gesellschaftsrecht

1. Pflichtteil

244 Der Anteil eines Erblassers an einer **Kapitalgesellschaft** fällt in den Nachlass, s. Kapitel B XI Rz. 271 ff. Auf diesen Wert greift der Pflichtteilsberechtigte zu[5].

245 War der Erblasser Mitglied einer **Personengesellschaft**, ist zunächst zu prüfen, welcher Vermögensgegenstand zum **Nachlass** zählt. Dies hängt von den gesellschaftsrechtlichen Folgen des Todes eines Gesellschafters ab, s. Kapitel B XI Rz. 148 ff. **Übersicht:**

246 Der Erblasser war Gesellschafter einer **GbR**. Die Gesellschaft wird durch seinen Tod **aufgelöst**, wenn keine Fortsetzungs- oder Nachfolgeklauseln bestehen, § 727 Abs. 1 BGB. Die Erben treten in eine Liquidationsgesellschaft ein.

1 Palandt/*Edenhofer*, § 2329 BGB Rz. 5; RGRK/*Johannsen*, § 2329 BGB Rz. 23; MüKo/*Lange*, § 2329 BGB Rz. 15; a.A. Staudinger/*Olshausen*, § 2329 BGB Rz. 62.
2 MüKo/*Lange*, § 2329 BGB Rz. 15, ebenso Staudinger/*Olshausen*, § 2329 BGB Rz. 62.
3 MüKo/*Lange*, § 2329 BGB Rz. 16; Staudinger/*Olshausen*, § 2329 BGB Rz. 65.
4 Hier ohne Inflationsausgleich.
5 S. Rz. 89 ff. (Unternehmensbewertung), Rz. 97 ff. (Gesellschaftsanteile) und Rz. 113 f. (Aktien).

Der Wert des in den Nachlass fallenden Anteils richtet sich nach dem Liquidationserlös[1]. Sieht der Gesellschaftsvertrag eine schlichte **Fortsetzungsklausel** vor, wird die GbR unter den verbleibenden Gesellschaftern fortgeführt. Die Erben rücken nicht in die Gesellschafterstellung ein. Im Nachlass befindet sich der volle Abfindungsanspruch, soweit er nicht nach § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB wirksam beschränkt oder ausgeschlossen wurde[2]. Die von der Rechtsprechung entwickelten Zulässigkeitskriterien für Abfindungsbeschränkungen bei lebzeitigem Ausscheiden gelten nicht beim Tod des Gesellschafters[3], s. Kapitel B XI Rz. 163. Daher ist zulasten der Erben ein Abfindungsausschluss möglich[4]. Nach zutreffender h.M.[5] gilt diese Regelung auch zulasten des Pflichtteilsberechtigten. Der Pflichtteil für den Gesellschaftsanteil wird so auf Null reduziert, §§ 2303, 2311 BGB. Dann kommen nur Pflichtteilsergänzungsansprüche in Betracht, s. Rz. 253.

247 Der Erblasser war persönlich haftender Gesellschafter einer **OHG** oder **KG**. Die Gesellschaft wird unter den verbleibenden Gesellschaftern kraft Gesetzes fortgeführt, § 131 Abs. 3 Nr. 1 HGB. Die Erben rücken nicht in die Gesellschafterstellung ein. Im Nachlass befindet sich der volle Abfindungsanspruch, soweit er nicht nach § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB beschränkt oder ausgeschlossen wurde[6]. Dann sind Pflichtteilsergänzungsansprüche zu prüfen, s. Rz. 253.

248 Der Erblasser war **Kommanditist**. Die Erben rücken in die Gesellschafterstellung ein, § 177 HGB. Hier fällt der Gesellschaftsanteil in den Nachlass. Ist die Vererblichkeit des Anteils aber im Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen, wächst er den übrigen Gesellschaftern zu. Dann gelten die Regeln im Fall des Todes eines persönlich haftenden Gesellschafters[7].

249 Zu **Eintrittsklauseln**: Damit wird einem Dritten die Befugnis eingeräumt, in die Gesellschaft einzutreten. Die Nachfolge am Gesellschaftsanteil vollzieht sich als Nachfolge unter Lebenden „am Nachlass vorbei". Das Zugriffsobjekt des Pflichtteilsberechtigten ist verschieden. Bei **erbrechtlichen** Eintrittsklauseln fällt der Abfindungsanspruch in den Nachlass[8]. Bei **rechtsgeschäftlichen** Eintrittsklauseln wird der Abfindungsanspruch unter Lebenden zugewendet. Hier können Pflichtteilsergänzungsansprüche bestehen, soweit keine Gegen-

1 MüKo/*Lange*, § 2311 BGB Rz. 30; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 122; Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 90.
2 Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 88 f.,; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 123; MüKo/*Lange*, § 2311 BGB Rz. 29.
3 *Wälzholz*, NWB 2008, 4329 (4332); Baumbach/*Hopt*, § 131 HGB Rz. 62; *Riedel*, Die Bewertung von Gesellschaftsanteilen im Pflichtteilsrecht, 2006, § 4 Rz. 361; *Riedel*, ZErb 2009, 2 (4); *Worm*, RNotZ 2003, 535 (542); s. auch oben Rz. 98.
4 BGH v. 22.11.1956 – II ZR 222/55, NJW 1957, 180; Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 98.
5 *Wälzholz*, NWB 2008, 4329 (4332); *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 5 Rz. 123; Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 98.
6 *Reimann*, ZEV 1994, 7 (11); *Klingelhöffer*, Rz. 340; *Sudhoff/Scherer*, § 17 Rz. 62.
7 *Sudhoff/Scherer*, § 17 Rz. 64.
8 *Sudhoff/Scherer*, § 17 Rz. 65; *Riedel*, Die Bewertung von Gesellschaftsanteilen im Pflichtteilsrecht, 2006, § 4 Rz. 386.

leistung erfolgt[1]. Die Frist des § 2325 BGB beginnt erst mit dem Tod des Erblassers[2].

Zu **Nachfolgeklauseln**: Aufgrund Sondererbfolge fällt der Gesellschaftsanteil unmittelbar dem oder den Erben an. Gleichwohl zählt der Anteil unabhängig davon, ob eine einfache oder qualifizierte Nachfolgeklausel besteht, zum pflichtteilsrelevanten Nachlass[3]. Zur Bewertung s. Rz. 97 ff. 250

2. Pflichtteilsergänzungsansprüche

a) Gründung, Aufnahme und Übertragung von Gesellschaftsanteilen

Streitig ist, ob die lebzeitige **Aufnahme** eines **persönlich haftenden Gesellschafters** in das Geschäft eines Einzelkaufmanns oder in eine Personengesellschaft entgeltlich ist. 251

Der BGH[4] und die überwiegende Literatur gehen davon aus, dass grundsätzlich **keine** Schenkung vorliegt, selbst wenn der neue Gesellschafter keine Einlage erbringt. Die „Gegenleistung" liegt in der Übernahme von Gesellschafterpflichten (geschuldeter Arbeitseinsatz) und in der Übernahme der persönlichen Haftung für die Gesellschaftsverbindlichkeiten. Lediglich in **Missbrauchsfällen** soll eine (gemischte) Schenkung angenommen werden. **Beispiel:** Dem Eintretenden, der keine Einlage leistet und eine erheblich längere Lebenserwartung hat, wird ein Übernahmerecht unter gleichzeitigem Ausschluss von Abfindungsansprüchen eingeräumt[5]. Die Grundsätze des BGH gelten entsprechend bei der **Übertragung** eines persönlich haftenden Gesellschaftsanteils, wenn kein dem Wert der Beteiligung entsprechendes Entgelt fließt[6]. Nach einer vorzugswürdigen **a.A.**[7] hat stets eine Einzelfallbewertung zu erfolgen, ob eine (gemischte) Schenkung vorliegt. Maßgeblich ist dabei das Verhältnis von Kapitaleinsatz, Arbeitsleistung, Haftungsrisiko, Abfindungsregeln für den Todesfall und verwandtschaftliche Beziehungen. Damit werden „Schleichwege" um das verfassungsrechtlich geschützte Pflicht-

1 *Sudhoff/Scherer*, § 17 Rz. 65; MüKo/*Lange*, § 2325 BGB Rz. 19; *Riedel*, ZErb 2003, 212 (217); Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 94; *Riedel*, Die Bewertung von Gesellschaftsanteilen im Pflichtteilsrecht, 2006, § 4 Rz. 387.

2 *Schindler*, ZEV 2005, 290 (291); MüKo/*Lange*, § 2325 BGB Rz. 21.

3 BGH v. 14.5.1986 – IVa ZR 155/84, NJW 1986, 2431; MüKo/*Lange*, § 2311 BGB Rz. 30; *Riedel*, ZErb 2003, 212 (218); *Riedel*, Die Bewertung von Gesellschaftsanteilen im Pflichtteilsrecht, 2006, § 4 Rz. 379; Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 91.

4 BGH v. 26.3.1981 – IVa ZR 154/80, NJW 1981, 1956 (OHG); MüKo/*Lange*, § 2325 BGB Rz. 18; *Lange/Kuchinke*, § 37 IX ß; Palandt/*Edenhofer*, § 2325 BGB Rz. 14; Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 29; *Sudhoff/Scherer*, § 17 Rz. 68 f.; *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 127.

5 BGH v. 26.3.1981 – IVa ZR 154/80, NJW 1981, 1956. Unzutreffend daher KG v. 10.3.1977 – 12 U 1601/76, DNotZ 1978, 109 (§ 2325 BGB wurde abgelehnt, obwohl ein totkranker Erblasser 16 Tage vor seinem Ableben die Lebensgefährtin in sein Einzelunternehmen aufnahm), zitiert in *Wälzholz*, NWB 2008, 4329 (4336).

6 Gutachten DNotI-Report 1996, 87 (88).

7 *U. Mayer*, ZEV 2003, 355 (356); *Sudhoff/Scherer*, § 17 Rz. 69; Soergel/*Dieckmann*, § 2325 BGB Rz. 24; wohl auch *Wälzholz*, NWB 2008, 4329 (4334).

teilsrecht herum vermieden. Nach einer zu pauschalen **Mindermeinung**[1] liegt in der Zuwendung einer Gesellschafterstellung als Vollhafter einer gesunden Gesellschaft i.d.R. eine Schenkung.

252 Im Gegensatz dazu ist die Aufnahme eines **Kommanditisten**[2] bzw. die Übertragung des Kommanditanteils ohne besonderes Entgelt nach h.M. eine **Schenkung.** Denn der Kommanditist haftet nicht persönlich, wenn er seine Einlage erbracht hat. Dasselbe gilt für die Einräumung einer Unterbeteiligung bzw. stillen Gesellschaft ohne Haftungsübernahme und Arbeitsverpflichtung[3]. Bei der nur vermögensverwaltenden bzw. zweigliedrigen GbR oder OHG liegen Schenkungen ebenfalls nahe[4]. Insgesamt hat der Pflichtteilsberechtigte aber erhebliche Schwierigkeiten, eine Schenkung und damit Ergänzungsansprüche zu begründen. Die **Frist** von § 2325 Abs. 3 BGB läuft bei der schenkweisen Aufnahme eines Gesellschafters nach h.M. bereits mit dessen Eintritt in die Gesellschaft[5]. Bei der schenkweisen Übertragung eines Gesellschaftsanteils beginnt die Frist erst, wenn der Erblasser insoweit aus der Gesellschaft ausgeschieden ist[6]. Ist zur Anteilsübertragung die Zustimmung etwaiger Mitgesellschafter erforderlich, läuft die Frist erst ab deren Zustimmung (streitig)[7]. Stets ist darauf zu achten, dass sich der Schenker nicht die wesentliche Nutzung des Gesellschaftsanteils vorbehält. Der Vorbehalt des Gewinnbezugsrechts verhindert z.B. den Fristlauf. Bei Einräumung einer Unterbeteiligung ist der Schenkungsvollzug und damit der Fristlauf vom Einzelfall abhängig[8].

b) Ausschluss und Beschränkungen von Abfindungsansprüchen

➲ **Beratungssituation:** Mandant ist nach dem Tode seines Vaters pflichtteilsberechtigt. Sein Vater hat mit seinem etwa gleich alten Onkel vor zwölf Jahren eine GbR gegründet. Beide haben jeweils ein Mietshaus in die Gesellschaft eingebracht, deren Zweck auf das Halten und Verwalten der Immobilien gerichtet ist. Für den Fall des Todes erhält der andere ein

1 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 58.

2 BGH v. 2.7.1990 – II ZR 243/89, NJW 1990, 2616; MüKo/*Lange*, § 2325 BGB Rz. 18; Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 30; *Sudhoff/Scherer*, § 17 Rz. 69; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 60.

3 *Worm*, RNotZ 2003, 535 (543); *Sudhoff/Scherer*, § 17 Rz. 69.

4 *Wälzholz*, NWB 2008, 4329 (4334); *Sudhoff/Scherer*, § 17 Rz. 69 (Einzelfallabwägung); *Dickuth-Harrach*, S. 228; *U. Mayer*, ZEV 2003, 355 (356); *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 59 ff.; *Worm*, RNotZ 2003, 535 (543); *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 115, 119; Gutachten DNotI-Report 1996, 87 (89).

5 Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 56; Gutachten DNotI-Report 2002, 43 und 1996, 87 (89); *Worm*, RNotZ 2003, 535 (544); *U. Mayer*, ZEV 2003, 355 (358); *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 120; *Schindler*, ZEV 2005, 290 (291); enger *Sudhoff/Scherer*, § 17 Rz. 69 (sobald der Eintretende seine Gesellschafterstellung frei von Rechten des aufnehmenden Gesellschafters ausüben kann).

6 *Sudhoff/Scherer*, § 17 Rz. 69; *Schindler*, ZEV 2005, 290 (291).

7 *Schindler*, ZEV 2005, 290 (291); a.A. *Klingelhöffer*, Rz. 354.

8 Vgl. BFH v. 16.1.2008 – II R 10/06, DStR 2008, 768.

Übernahmerecht unter Ausschluss jeglicher Abfindung. Bestehen dadurch Pflichtteilsergänzungsansprüche nach § 2325 BGB?

253 Ist im Statut einer Personengesellschaft wirksam geregelt, dass beim Tod eines Gesellschafters **Abfindungsansprüche**[1] ausgeschlossen sind oder hinter dem vollen Wert des Anteils zurückbleiben, kommen Pflichtteilsergänzungsansprüche in Betracht.

Eine Schenkung wird einhellig in dem Fall gesehen, dass die Klausel nicht für alle Gesellschafter gilt[2]. Dadurch sind die überlebenden Gesellschafter beschenkt, die keinen Verzicht geleistet haben[3]. Gilt die Klausel für alle Gesellschafter, liegt nach BGH[4] und der überwiegenden Literatur[5] grundsätzlich **keine Schenkung**, sondern ein Risikogeschäft vor. Der Chance, den Kapitalanteil zu mehren, steht das Risiko gegenüber, den Anteil durch früheren Tod zu verlieren, ohne dass Abfindungsansprüche an die eigenen Erben geleistet werden. Das soll auch bei einer sog. Ehegatten-Eigenheimgesellschaft gelten (zweifelhaft)[6]. Eine (gemischte) Schenkung wird nur bei **gewollter „Risikodisparität"** gedeutet[7]. **Beispiele:** Das Risiko des Vorversterbens eines Gesellschafters ist im Zeitpunkt der Vereinbarung von vornherein deutlich ungleich (Altersunterschied oder bekannte schwere Krankheit)[8]. Die Disparität der Altersstruktur kann nachträglich eintreten, wenn ein Gesellschafter mit Zustimmung der anderen seinen Gesellschaftsanteil auf seine Kinder überträgt und der Abfindungsausschluss im Todesfall unverändert bleibt[9]. Entsprechendes gilt, wenn einem eintrittsberechtigten Dritten der Kapitalanteil des Erblassers mittels **Eintrittsklausel** rechtsgeschäftlich zugewandt wird[10]. Die **a.A.**[11] weist darauf hin, dass das Pflichtteilsrecht nicht über Vermögensver-

1 S. Kapitel B XI Rz. 163 und oben Rz. 97 f. Zur Steuerpflicht bei Abfindungsbeschränkungen nach der Reform der Erbschaftsteuer ab 1.1.2009: *Schwind/Schmidt*, NWB 2009, 297 ff.; *Riedel*, ZErb 2009, 2 ff.

2 *Wälzholz*, NWB 2008, 4329 (4333); *Sudhoff/Scherer*, § 17 Rz. 63; Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 31; Palandt/*Edenhofer*, § 2325 BGB Rz. 15.

3 MüKo/*Lange*, § 2325 BGB Rz. 19.

4 BGH v. 26.3.1981 – IVa ZR 154/80, NJW 1981, 1956.

5 *Wälzholz*, NWB 2008, 4329 (4332); Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 32 ff.; MüKo/*Lange*, § 2325 BGB Rz. 20; Palandt/*Edenhofer*, § 2311 BGB Rz. 15; *Riedel*, ZErb 2003, 212 (214); *Kerscher/Riedel/Lenz*, § 16 Rz. 27; *Winkler*, ZEV 2005, 89 (93); *Reimann*, ZEV 1994, 7 (11); *Wegmann* ZEV 1998, 135; *Riedel*, Die Bewertung von Gesellschaftsanteilen im Pflichtteilsrecht, 2006, § 4 Rz. 369.

6 Nachweise bei *Nieder/Kössinger*, § 21 Rz. 147 (zweifelnd); *Wegmann*, ZEV 1998, 135 (136); *Dickhuth-Harrach*, S. 228; *Kornexl*, Nachlassplanung bei Problemkindern, 2006, Rz. 685 (zweifelnd).

7 *Dickhuth-Harrach*, S. 227; *Kornexl*, Nachlassplanung bei Problemkindern, 2006, Rz. 684; im Ergebnis auch Kapitel B XI Rz. 163–165.

8 BGH v. 26.3.1981 – IVa ZR 154/80, NJW 1981, 1956; *Kornexl*, Nachlassplanung bei Problemkindern, 2006, Rz. 684; Gutachten DNotI-Report 2002, 43 (m.w.N.); *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 115.

9 *Kornexl*, Nachlassplanung bei Problemkindern, 2006, Rz. 684.

10 MüKo/*Lange*, § 2325 BGB Rz. 19; *Nieder/Kössinger*, § 20 Rz. 50.

11 Soergel/*Dieckmann*, § 2325 BGB Rz. 27; *Bratke*, ZEV 2000, 16 (18); *Boujong*, Abfindungsklauseln nach dem Tod des Gesellschafters einer OHG und Pflichtteilsergänzungsansprüche, FS Ulmer, 2003, S. 41 ff.; *Kohl*, MDR 1995, 865 (872); wohl auch

schiebungen im gesellschaftsrechtlichen Gewand ausgehöhlt werden darf. Eine Schenkung wird daher grundsätzlich angenommen. Hiergegen ist das schützenswerte Interesse von Gesellschaftern einzuwenden, beim Tode eines Gesellschafters die Gesellschaft ohne erhebliche finanzielle Belastungen fortzuführen, um den Bestand der Gesellschaft zu sichern[1]. Daher ist dem BGH zu folgen[2].

Die **Frist** nach **§ 2325 Abs. 3 BGB** beginnt mit dem Tod, wenn der Erblasser erst dadurch aus der Gesellschaft ausscheidet. Auf den Zeitpunkt der gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung ist nicht abzustellen[3].

➲ **Beratungshinweis:** Liegt im Einzelfall schon in der Aufnahme eines Gesellschafters eine ergänzungspflichtige Schenkung (Rz. 251–252), kann ein vereinbarter Abfindungsausschluss beim Tode des Erblassers nicht nochmals Ansprüche nach § 2325 BGB begründen[4].

Zur **Beratungssituation**: Mandant hat nach noch h.M. keine Pflichtteilsergänzungsansprüche.

3. Übersicht

254

Realer Nachlass **Zugriffsobjekt § 2303 BGB**	Fiktiver Nachlass **Prüfung von § 2325 BGB**
– **Gesellschaftsanteil**, z.B. GmbH-Anteil Anteil an AG § 177 HGB Nachfolgeklausel	– Ausschluss bzw. Beschränkung von Abfindungsansprüchen
– **Abfindungsanspruch**, z.B. § 131 Abs. 3 Nr. 1 HGB Ausschluss § 177 HGB Fortsetzungsklausel GbR Erbrechtliche Eintrittsklausel	– Gründung, Aufnahme und Übertragung von persönlich haftenden Gesellschaftsanteilen
– **Liquidationserlös**, z.B. § 727 BGB oder vertragliche Folge bei OHG/KG	– Rechtsgeschäftliche Eintrittsklauseln

Worm, RNotZ 2003, 535 (543); *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 65 ff.; *U. Mayer*, ZEV 2003, 356 (358: Einzelfallabwägung); Gutachten DNotI-Report 1996, 87 (88: bei vermögensverwaltenden zweigliedrigen Gesellschaften).

1 Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 34; MüKo/*Lange*, § 2325 BGB Rz. 20.

2 S. auch Kapitel B XI Rz. 165.

3 *Wälzholz*, NWB 2008, 4329 (4333); *Schindler*, ZEV 2005, 290 (291); *Nieder/Kössinger*, § 20 Rz. 13; MüKo/*Lange*, § 2325 BGB Rz. 21; Gutachten DNotI-Report 2002, 43 sowie Gutachten DNotI-Report 1996, 87 (88 auch mangels wirtschaftlicher Ausgliederung); *Winkler*, ZEV 2005, 89 (93); Staudinger/*Olshausen*, § 2325 BGB Rz. 56; *Riedel*, Die Bewertung von Gesellschaftsanteilen im Pflichtteilsrecht, 2006, § 4 Rz. 365.

4 Gutachten DNotI-Report 2002, 43 (44).

VIII. Haftung und Verteidigung

1. Haftung für Pflichtteilsansprüche im Außenverhältnis

Pflichtteilsschuldner ist der Erbe. Mehrere Erben sind bis zur Teilung Gesamtschuldner, §§ 1967 Abs. 2, 2058 ff. BGB[1]. Es findet keine Teilhaftung im Außenverhältnis in Höhe der Erbteile statt[2]. Der Testamentsvollstrecker darf erfüllen, wenn sich der Erbe und der Pflichtteilsberechtigte einig sind. Bestreiten die Erben den Pflichtteil, darf der Testamentsvollstrecker auch dann nicht zahlen, wenn nach seinem Dafürhalten der Anspruch besteht[3]. 255

➲ **Beratungshinweis:** Bei mehreren Erben sollte der Pflichtteil i.d.R. gegen die Erben als Gesamtschuldner geltend gemacht werden. Das gilt nicht, soweit die Kinder des Pflichtteilsberechtigten Miterben sind.

2. Verteidigung gegen Pflichtteilsansprüche im Außenverhältnis

a) Einrede aus § 2319 BGB

§ 2319 BGB gewährt ein Leistungsverweigerungsrecht gegen den ordentlichen **Pflichtteil**[4]. Er schützt nur den pflichtteilsberechtigten **Miterben**[5] **nach** der Teilung[6] im Außenverhältnis davor, von seinem Erbteil so viel preiszugeben, dass ihm weniger als sein Pflichtteil[7] unter Beachtung von Anrechnungs- und Ausgleichspflichten verbleibt. Die Zahlungsklage des pflichtteilsberechtigten Enterbten ist insoweit unbegründet, als der eigene Pflichtteil des Miterben nicht gewahrt ist. Der pflichtteilsberechtigte Enterbte muss sich in Höhe des Ausfalls an die übrigen Miterben halten, § 2319 Satz 2 BGB (**Ausfallhaftung**). § 2319 S. 1 BGB führt auch zur Verschiebung der Pflichtteilslast im Innenverhältnis, da sich der Begünstigte z.B. gegen Regressansprüche der Miterben aus § 426 BGB verteidigen kann[8]. 256

➲ **Beratungshinweis:** Schutz vor Belastungen durch Vermächtnisse und Auflagen gewährte bei Erbfällen bis 31.12.2009 alleine § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. Wurde die Ausschlagung versäumt, berechtigt § 2319 BGB nicht zur Kürzung[9]. Bei Erbfällen ab 1.1.2010 ist die Ausschlagung einer belasteten Erbschaft nach § 2306 Abs. 1 BGB der einzige Weg, den Pflichtteil zu wahren.

---

1 BGH v. 9.3.1983 – IVa ZR 211/81, NJW 1983, 2378.
2 Staudinger/*Haas*, § 2303 BGB Rz. 69.
3 BGH v. 2.12.1968 – III ZR 2/68, NJW 1969, 424.
4 BGH v. 10.7.1985 – IVa ZR 151/83, NJW 1985, 2828 (gegen Ergänzungsansprüche schützt § 2328 BGB).
5 Nicht den pflichtteilsberechtigten Alleinerben.
6 BGH v. 10.7.1985 – IVa ZR 151/83, NJW 1985, 2828. Bis zur Teilung schützt § 2059 BGB, Palandt/*Edenhofer*, § 2319 BGB Rz. 1.
7 *Klingelhöffer*, Rz. 94.
8 BGH v. 10.7.1985 – IVa ZR 151/83, NJW 1985, 2828; MüKo/*Lange*, § 2319 BGB Rz. 1, 3.
9 Staudinger/*Haas*, § 2319 BGB Rz. 7; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 2 Rz. 145.

b) Einrede aus § 2328 BGB

257 ➲ **Beratungssituation:** Mandantin war im gesetzlichen Güterstand mit dem Erblasser verheiratet. Sie ist Alleinerbin. Der enterbte Sohn (Pflichtteilsquote ¼) verklagt Mandantin auf Pflichtteilsergänzung in Höhe von 37 500 Euro. Dem liegt eine Erblasserschenkung nach § 2325 BGB an seine Freundin kurz vor seinem Tod am 31.12.2009 von 150 000 Euro zugrunde. Der Nachlass am Todestag beträgt 50 000 Euro. Mandantin hat dem Sohn bereits einen Pflichtteil nach § 2303 BGB bezahlt von 12 500 Euro. Hat die Klage Erfolg?

§ 2328 BGB gewährt ein Leistungsverweigerungsrecht gegen **Pflichtteilsergänzungsansprüche**[1]. Die Klage gegen den pflichtteilsberechtigten Allein- oder Miterben bzw. den pflichtteilsberechtigten Beschenkten[2] ist insoweit unbegründet, als sein voller Pflichtteil einschließlich seines Ergänzungsanspruchs nicht gewahrt ist. Die Wertermittlung erfolgt nach §§ 2311, 2325 Abs. 2 BGB. Spätere Wertänderungen sind unerheblich[3]. Der BGH hat aber bei einem nachträglichen Wertverfall des Nachlasses entschieden, dass aus Gründen der „Gleichbehandlung der beteiligten Pflichtteilsberechtigten nicht der Zeitpunkt des Erbfalls, sondern derjenige der Auseinandersetzung bzw. Zwangsvollstreckung" maßgeblich ist[4]. Dies lehnt die Literatur mit Hinweis auf das Stichtagsprinzip zu Recht ab[5].

§ 2328 BGB bevorzugt den pflichtteilsberechtigten Erben gegenüber dem pflichtteilsberechtigten Nichterben. Er kann seinen vollen Pflichtteil aus dem Nachlass vorwegnehmen und die anderen Pflichtteilsberechtigten auf den Beschenkten verweisen, § 2329 BGB[6]. Hat der pflichtteilsberechtigte Erbe die Einrede aus § 2328 BGB nicht erhoben und den pflichtteilsberechtigten Nichterben befriedigt, kann er gegen den **Beschenkten** einen Rückgriffsanspruch geltend machen, soweit dieser von einer Verbindlichkeit befreit wurde[7]. Überdies wird ein Bereicherungsanspruch gegen den Pflichtteilsberechtigten gemäß § 813 Abs. 1 BGB erwogen[8].

Zur **Beratungssituation**: Die Einrede nach § 2328 BGB führt dazu, dass die Pflichtteilsergänzungsklage des Sohns über 37 500 Euro abzuweisen ist. An-

1 OLG Schleswig v. 14.8.2001 – 3 U 142/00, OLGReport 2002, 138; *Bartsch*, ZErb 2009, 71 (73); Staudinger/*Olshausen*, § 2328 BGB Rz. 2, 9 (nicht gegen ordentlichen Pflichtteil).
2 BGH v. 10.11.1982 – IVa ZR 29/81, NJW 1983, 1485.
3 Staudinger/*Olshausen*, § 2328 BGB Rz. 10 ff.; MüKo/*Lange*, § 2328 BGB Rz. 5; Soergel/*Dieckmann*, § 2328 BGB Rz. 6.
4 BGH v. 10.11.1982 – IVa ZR 2981, NJW 1983, 1485 (die Urteilsformel hat bei § 2329 BGB auszuweisen, welche Beträge dem beklagten Erben zur Sicherung seines eigenen Pflichtteils verbleiben müssen).
5 Staudinger/*Olshausen*, § 2328 BGB Rz. 12; MüKo/*Lange*, § 2328 BGB Rz. 5.
6 Staudinger/*Olshausen*, § 2328 BGB Rz. 3; MüKo/*Lange*, § 2328 BGB Rz. 2.
7 Staudinger/*Olshausen*, § 2328 BGB Rz. 15; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 188; skeptisch Soergel/*Dieckmann*, § 2328 BGB Rz. 11.
8 Skeptisch Soergel/*Dieckmann*, § 2328 BGB Rz. 11.

dernfalls wäre der volle Pflichtteil von Mandantin nach §§ 2303, 2325 BGB nicht gewahrt, der bei insgesamt 50 000 Euro liegt (200 000 Euro Gesamtnachlass × Pflichtteilsquote von ¼). Der Sohn muss sich also an die beschenkte Freundin des Erblassers halten, § 2329 BGB.

Achtung: Bei Erbfällen ab 1.1.2010 ist ggf. die Abschmelzung nach § 2325 Abs. 3 BGB vom indexierten Schenkungswert vorzunehmen. Bei Erbfällen bis 31.12.2009 verbleibt es bei der alten Rechtslage in § 2325 Abs. 3 BGB a.F.

c) Anrechnung von Geschenken an den Pflichtteilsberechtigten, § 2327 BGB

aa) Grundsatz

➲ **Beratungssituation:** Mandant und sein Bruder sind enterbt. Alleinerbe der verstorbenen unverheirateten Mutter ist ein Neffe. Nachlasswert: 400 000 Euro. Die Erblasserin hat dem Mandanten 11 Monate vor ihrem Tod 80 000 Euro, seinem Bruder 5000 Euro geschenkt. Bestehen Pflichtteilsergänzungsansprüche des Mandanten und dessen Bruder?

§ 2327 BGB bestimmt aus Billigkeitsgründen[1], dass sich der Pflichtteilsberechtigte Geschenke vom Erblasser auf seinen **Pflichtteilsergänzungsanspruch**[2] anrechnen lassen muss. Die Schenkung ist **von Amts wegen** zu berücksichtigen[3]. Beweisbelastet ist der Erbe oder bei § 2329 BGB der Beschenkte[4]. Die Schenkung hat aus dem Vermögen des Erblassers zu stammen. § 2327 BGB greift nicht bei Schenkungen des vorverstorbenen Ehegatten[5], der den Erbfall nicht ausgelöst hat. Bei einer gemischten Schenkung an den Pflichtteilsberechtigten ist der unentgeltliche Teil anzurechnen[6]. Als Schenkung i.S. v. § 2327 BGB gilt auch eine **ehebedingte Zuwendung** an den Ehegatten des Erblassers[7]. Die vom BGH[8] ursprünglich zum Schutze des Pflichtteilsberechtigten entwickelte Gleichstellung einer ehededingten Zuwendung mit einer Schenkung geht dann bei § 2327 BGB zu seinen Lasten. Bedenken hat das Schrifttum bislang nicht geäußert[9]. Der Pflichtteilsberechtigte muss das Geschenk selbst erhalten haben. Schenkungen an dessen Ehegatten oder Kinder sind unerheblich[10], soweit nicht auch eine Schenkung an ihn oder eine versteckte Eigenschenkung vorliegen[11]. Gemäß §§ 2327 Abs. 2, 2051 Abs. 1 BGB sind auch Geschenke anzurechnen, die der vor dem Erbfall weggefallene 258

1 BGH v. 13.7.1983 – IVa ZR 15/82, NJW 1983, 2875.
2 Nicht auf den ordentlichen Pflichtteil, Soergel/*Dieckmann*, § 2327 BGB Rz. 6; s. aber Rz. 261 f.
3 Staudinger/*Olshausen*, § 2327 BGB Rz. 16; MüKo/*Lange*, § 2327 BGB Rz. 2.
4 Staudinger/*Olshausen*, § 2327 BGB Rz. 15.
5 BGH v. 13.7.1983 – IVa ZR 15/82, NJW 1983, 2875; Staudinger/*Olshausen*, § 2327 BGB Rz. 11.
6 OLG Koblenz v. 9.8.2004 – 12 U 432/03, OLGReport 2005, 113.
7 LG Ellwangen v. 22.2.08 – 1 S 170/07, EE 2008, 76.
8 BGH v. 27.11.1991 – IV ZR 164/90, NJW 1992, 564.
9 *Zecher*, EE 2008, 76 (77).
10 Soergel/*Dieckmann*, § 2327 BGB Rz. 4.
11 *Kerscher/Riedel/Lenz*, § 9 Rz. 128; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 161.

Vorgänger des nachrückenden Abkömmlings erhalten hat. § 2327 Abs. 2 BGB entspricht § 2315 Abs. 3 BGB. **Beispiel:** Der Großvater schenkt seinem Sohn, der vor dem Tod des Großvaters verstirbt, einen Porsche. Der Enkel muss sich die Schenkung an seinen Vater auf seine Pflichtteilsergänzungsansprüche anrechnen lassen. Schenkungen nach **§ 2330** BGB bleiben bei § 2327 BGB unberücksichtigt[1]. Dasselbe gilt für Schenkungen, die der Beschenkte nach § 2287 BGB herauszugeben hat[2]. § 2327 BGB ist auf mittelbare Zuwendungen des Erblassers über eine Familienstiftung **analog** anwendbar[3].

Der **Wert** des Geschenks ermittelt sich nicht nach § 2325 Abs. 2 BGB (Niederstwertprinzip), sondern nach § 2315 Abs. 2 Satz 2 BGB[4]. Die überwiegende **Gegenansicht**[5] bewertet die Schenkung an den Pflichtteilsberechtigten wie das Geschenk an den Dritten nach § 2325 Abs. 2 BGB (Gleichlauf). Im **Sonderfall** der Bewertung einer Eigenschenkung nach § 2327 Abs. 1 Satz 2 BGB stellt die h.M. aber auf § 2315 Abs. 2 Satz 2 BGB ab[6].

259 Die h.M. rechnet alle Eigenschenkungen **ohne Zeitschranke** an. Die Zehnjahresfrist (bzw. bei Erbfällen ab 1.1.2010 das Abschmelzungsmodell) nach § 2325 Abs. 3 BGB sei nicht anwendbar[7]. Das folgt zwar nicht aus dem Wortlaut, aber aus der Entstehungsgeschichte der Norm[8]. Indes ist dieses Ergebnis zweifelhaft[9]. Der Zweck von § 2325 Abs. 3 BGB, Schaffung von Rechtssicherheit und Eintritt des Gewöhnungseffekts, greift auch zugunsten des Pflichtteilsberechtigten[10]. Eine teleologische Extension auf § 2327 BGB ist gegen die h.M. vertretbar. Das gilt im Lichte des Verfassungsrangs des Pflichtteilsrechts umso mehr. Der Erblasser ist nicht schutzbedürftig. Er hat es in der Hand, die Schenkung nach §§ 2327 Abs. 1 Satz 2, 2315 BGB zur Anrechnung zu bringen. Überdies hat das RG die zeitlich unbegrenzte Auskunftspflicht nach § 2057 BGB dahin eingeschränkt, dass eine Offenbarung von Zuwendungen bis „zur frühesten Kindheit" abzulehnen ist[11]. Damit werden schwierige Tatsachen-

1 Staudinger/*Olshausen*, § 2327 BGB Rz. 7; MüKo/*Lange*, § 2327 BGB Rz. 2.
2 Staudinger/*Olshausen*, § 2327 BGB Rz. 5.
3 MüKo/*Lange*, § 2327 BGB Rz. 2; Staudinger/*Olshausen*, § 2327 BGB Rz. 12; a.A. für Ausschüttungen *Cornelius*, ZErb 2006, 230 (233 f.).
4 MüKo/*Lange*, § 2327 BGB Rz. 12; *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 172.
5 Staudinger/*Olshausen*, § 2327 BGB Rz. 17; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 164; Soergel/*Dieckmann*, § 2327 BGB Rz. 6; *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 1987.
6 Soergel/*Dieckmann*, § 2327 BGB Rz. 8; Palandt/*Edenhofer*, § 2327 BGB Rz. 2; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 176; *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 1992; a.A. Staudinger/*Olshausen*, § 2327 BGB Rz. 25 (§ 2325 Abs. 2 BGB).
7 BGH v. 4.10.1989 – IVa ZR 198/88, NJW 1990, 180; OLG Koblenz v. 9.8.2004 – 12 U 432/03, OLGReport 2005, 113; Palandt/*Edenhofer*, § 2327 BGB Rz. 1; *Seibel*, Rpfleger 2006, 300 (302).
8 *Seibel*, Rpfleger 2006, 300 (301).
9 De lege ferenda: MüKo/*Lange*, § 2327 BGB Rz. 6; Staudinger/*Olshausen*, § 2327 BGB Rz. 9 f.; *Seibel*, Rpfleger 2006, 300 ff.
10 De lege ferenda: MüKo/*Lange*, § 2327 BGB Rz. 6; Staudinger/*Olshausen*, § 2327 BGB Rz. 9.
11 RG v. 12.5.1910 – IV 411/09, RGZ 73, 372.

feststellungen, die Jahrzehnte zurückliegen, vermieden. Dieser Gedanke ist auf § 2327 BGB zu übertragen.

➲ **Beratungshinweis:** Bei der Ermittlung des Ergänzungsnachlasses für andere als den Eigenbeschenkten gilt immer die Zehnjahresfrist von § 2325 Abs. 3 BGB bzw. bei Erbfällen ab 1.1.2010 das Abschmelzungsmodell.

Ferner kann der Erblasser eine Anrechung nach § 2327 BGB formlos **ausschließen** oder **nachträglich** erlassen, erst recht Schluss aus § 2315 BGB. Rechtsprechung ist hierzu nicht ersichtlich.

Anrechnungsschema: 260

Weg 1: Lehrbuchermittlung

Schritt 1: Bildung Pflichtteilsergänzungsnachlass
= Reinnachlass + ergänzungspflichtige Schenkungen + Eigengeschenke, ggf. mit Inflationsausgleich[1]

Achtung: Bei Erbfällen ab 1.1.2010 ist ggf. die Abschmelzung nach § 2325 Abs. 3 BGB vom indexierten Schenkungswert vorzunehmen. Bei Erbfällen bis 31.12.2009 verbleibt es bei der alten Rechtslage in § 2325 Abs. 3 BGB a.F.

Schritt 2: Ermittlung gesetzlicher Erbanteil

Schritt 3: Ermittlung Pflichtteilsergänzungsanteil
= Erbanteil: 2

Schritt 4: Pflichtteilsergänzungsanspruch
= Pflichtteilsergänzungsanteil aus Pflichtteilsergänzungsnachlass minus ordentlicher Pflichtteil aus Reinnachlass minus **Eigengeschenke**

Entspricht oder übersteigt die Eigenschenkung den Ergänzungspflichtteil, muss sich der Berechtigte mit seinem ordentlichen Pflichtteil begnügen.

Weg 2: Schnelle Berechnung

(unzulässig[2], soweit realer Reinnachlass unter 0 Euro bzw. §§ 2326 Satz 2, 2327 Abs. 1 Satz 2 BGB, 2315, 2316 BGB eingreifen)

Ergänzungsanspruch = ergänzungspflichtige Schenkungen + Eigengeschenke ggf. mit Inflationsausgleich × Pflichtteilsquote minus **Eigengeschenke**

Achtung: Bei Erbfällen ab 1.1.2010 ist ggf. die Abschmelzung nach § 2325 Abs. 3 BGB vom indexierten Schenkungswert vorzunehmen. Bei Erbfällen bis 31.12.2009 verbleibt es bei der alten Rechtslage in § 2325 Abs. 3 BGB a.F.

Zur **Beratungssituation**.

Pflichtteilsergänzungsanspruch von Mandant (Weg 1):

Realer Nachlass	400 000 Euro
Schenkungen[3]	85 000 Euro
Fiktiver Nachlass	485 000 Euro
Pflichtteil (¼)	121 250 Euro

1 Soergel/*Dieckmann*, § 2327 BGB Rz. 6.
2 BGH v. 15.11.1988 – IVa ZR 74/87, FamRZ 1989, 273.
3 Hier ohne Inflationsausgleich.

Abzug Pflichtteil (400000 Euro × ¼)	100000 Euro
Ergänzung	21250 Euro
abzüglich Eigenschenkung (80000 Euro)	0 Euro

Pflichtteilsanspruch des Bruders (Weg 2):

Wert der Schenkungen[1]	85000 Euro
Pflichtteil (¼)	21250 Euro
abzüglich Eigenschenkung	5000 Euro
Ergänzung	16250 Euro

Achtung: Bei Erbfällen ab 1.1.2010 ist ggf. die Abschmelzung nach § 2325 Abs. 3 BGB vom indexierten Schenkungswert vorzunehmen. Bei Erbfällen bis 31.12.2009 verbleibt es bei der alten Rechtslage in § 2325 Abs. 3 BGB a.F.

bb) Zusammentreffen von §§ 2327, 2315, 2316 BGB

➲ **Beratungssituation:** Mandant ist pflichtteilsberechtigt. Er wurde wie sein Bruder von der Erblasserin enterbt. Alleinerbin ist eine Freundin. Nachlasswert: 100000 Euro. Die Erblasserin hat Mandant eine Ausstattung von 50000 Euro gewährt. Sie ist in Höhe von 10000 Euro eine Schenkung (Übermaßausstattung). Die Erblasserin hat der Erbin fünf Monate vor ihrem Tod 40000 Euro geschenkt. Hat Mandant einen Pflichtteilsergänzungsanspruch?

261 Besondere Berechnungsregeln gelten, wenn **§ 2327 BGB** und **§ 2315 BGB** zusammentreffen. Das anrechnungspflichtige Geschenk ist auf den Gesamtbetrag von Pflichtteil und Ergänzung (Gesamtpflichtteil) anzurechnen, § 2327 Abs. 1 Satz 2 BGB. Unzulässig ist eine doppelte Anrechnung beim Pflichtteil und Ergänzungsanspruch[2]. Fraglich ist aber, ob das Eigengeschenk vom ordentlichen Pflichtteil oder vom Ergänzungsanspruch abzuziehen ist. Das Gesetz bestimmt keine Reihenfolge[3]. Es werden vier verschiedene Anrechnungsverfahren diskutiert, die aber i.d.R. zum gleichen Ergebnis führen[4]. Die Berechnung von *Dieckmann*[5] ist sachgerecht[6]. Sie kann zu einem geringeren ordentlichen Pflichtteil und zu einem erhöhten Haftungsrisiko des Beschenkten führen[7]. **Beispielsfall** nach *Kasper*[8]: Der ledige Erblasser, gestorben

1 Hier ohne Inflationsausgleich.
2 MüKo/*Lange*, § 2327 BGB Rz. 11; Staudinger/*Olshausen*, § 2327 BGB Rz. 21; Soergel/*Dieckmann*, § 2327 BGB Rz. 8.
3 Staudinger/*Olshausen*, § 2327 BGB Rz. 23; *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 322.
4 S. Staudinger/*Olshausen*, § 2327 BGB Rz. 23 ff.; *Kasper*, Anrechnung und Ausgleichung im Pflichtteilsrecht, 1999, S. 33 ff.; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 170–175; Soergel/*Dieckmann*, § 2327 BGB Rz. 9 ff.
5 Soergel/*Dieckmann*, § 2327 BGB Rz. 9 ff.
6 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 175; *Kasper*, Anrechnung und Ausgleichung im Pflichtteilsrecht, 1999, S. 36 ff.; *Kasper* in Scherer, MAH Erbrecht, § 29 Rz. 158; *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 1990; wohl auch *Kerscher/Riedel/Lenz*, § 9 Rz. 143.
7 *Kasper* in Scherer, MAH Erbrecht, § 29 Rz. 158.
8 *Kasper* in Scherer, MAH Erbrecht, § 29 Rz. 157.

31.12.2009 hat seinen Freund D zum Alleinerben eingesetzt und sein einziges Kind S (Pflichtteilsquote ½) enterbt. S hat eine anrechnungspflichtige Schenkung nach § 2315 BGB von 300000 Euro, D eine Schenkung nach § 2325 BGB von 400000 Euro erhalten. Nachlasswert: 500000 Euro.

Anrechnungsschema:

Schritt 1: Bildung Pflichtteilsergänzungsnachlass
= Reinnachlass + ergänzungspflichtige Schenkungen + anrechnungspflichtige Eigengeschenke

Schritt 2: Ermittlung Gesamtpflichtteil
= Pflichtteilsquote × Pflichtteilsergänzungsnachlass

Schritt 3: Bereinigter Gesamtpflichtteil
= Gesamtpflichtteil minus anrechnungspflichtige Eigengeschenke

Schritt 4: Ermittlung ordentlicher Anrechnungspflichtteil
= Reinnachlass + anrechnungspflichtige Eigengeschenke × Pflichtteilsquote – anrechnungspflichtige Eigengeschenke

Schritt 5: Ermittlung Ergänzungspflichtteil
= Differenz zwischen bereinigtem Gesamtpflichtteil und ordentlichem Anrechnungspflichtteil

Achtung: Bei Erbfällen ab 1.1.2010 ist ggf. die Abschmelzung nach § 2325 Abs. 3 BGB vom indexierten Schenkungswert vorzunehmen. Bei Erbfällen bis 31.12.2009 verbleibt es bei der alten Rechtslage in § 2325 Abs. 3 BGB a.F.

Beispielsfall:

Schritt 1: 500000 Euro + 400000 Euro + 300000 Euro	1200000 Euro
Schritt 2: ½ × 1200000 Euro	600000 Euro
Schritt 3: 600000 Euro – 300000 Euro	300000 Euro
Schritt 4: 500000 Euro + 300000 Euro = 800000 Euro × ½ = 400000 Euro – 300000 Euro = Pflichtteil	100000 Euro
Schritt 5: 300000 Euro – 100000 Euro = Pflichtteilsergänzung	200000 Euro

Eine besondere Berechnung ist auch beim Zusammentreffen von **§ 2327** BGB und **§ 2316 BGB** erforderlich. 262

Hat der Abkömmling eine ausgleichspflichtige Zuwendung erhalten, die ganz oder teilweise ein Geschenk ist, ist sie nach § 2327 BGB anzurechnen, obwohl dies im Gegensatz zu § 2327 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht gesetzlich geregelt ist[1]. Praktisch tritt der Fall vor allem bei einer Übermaßausstattung auf. Da das ausgleichspflichtige Geschenk bereits bei der Ausgleichsberechnung zur Hälf-

1 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 177; Soergel/*Dieckmann*, § 2327 BGB Rz. 14 ff.; OLG Oldenburg v. 11.11.1997 – 5 U 56/97, ZEV 1998, 143 mit Anm. *Dieckmann*; *Kasper* in Scherer, MAH Erbrecht, § 29 Rz. 160; Palandt/*Edenhofer*, § 2327 BGB Rz. 3; *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 325; a.A. Staudinger/*Olshausen*, § 2327 BGB Rz. 22 (ausgleichspflichtige Zuwendungen sind bei §§ 2325, 2327 BGB nie zu berücksichtigen); LG München I v. 19.1.2009 – 15 O 14035/06 (nicht veröffentlicht).

te berücksichtigt wird, ist zur Vermeidung einer Doppelanrechnung nur noch die andere Hälfte bei § 2327 Abs. 1 BGB zu berücksichtigen (h.M.)[1].

Anrechnungsschema:

Schritt 1: Ermittlung Ausgleichspflichtteil, § 2316 BGB[2]

Schritt 2: Ermittlung Gesamtpflichtteil
= realer Nachlass + ergänzungspflichtige Schenkungen
+ Eigengeschenke + ausgleichspflichtige Vorempfänge
= × Ausgleichserbquote (Anzahl der an der Ausgleichung beteiligten Abkömmlinge)
= minus ausgleichspflichtiger Vorempfang
= Ausgleichserbanteil: 2

Schritt 3: Ermittlung Ergänzungspflichtteil
= Ausgleichspflichtteil minus Gesamtpflichtteil
= minus Hälfte des Schenkungswerts

Achtung: Bei Erbfällen ab 1.1.2010 ist ggf. die Abschmelzung nach § 2325 Abs. 3 BGB vom indexierten Schenkungswert vorzunehmen. Bei Erbfällen bis 31.12.2009 verbleibt es bei der alten Rechtslage in § 2325 Abs. 3 BGB a.F.

Zur **Beratungssituation**:

Schritt 1: Ausgleichsnachlass (100000 Euro + 50000 Euro)	150000 Euro
Ausgleichserbquote (: 2 Kinder)	75000 Euro
Ausgleichserbanteil (– 50000 Euro)	25000 Euro
Ausgleichspflichtteil (: 2)	12500 Euro
Schritt 2: Gesamtnachlass (100000 Euro + 50000 Euro + 40000 Euro)	190000 Euro
Ausgleichserbquote (: 2 Kinder)	95000 Euro
Ausgleichserbanteil (– 50000 Euro)	45000 Euro
Gesamtpflichtteil (: 2)	22500 Euro
Schritt 3: 12500 Euro – 22500 Euro	10000 Euro
Abzug halber Schenkungswert (10000 Euro: 2)	5000 Euro
Ergänzungspflichtteil	5000 Euro

d) Schenkung aus Anstand oder sittlichem Gebot, § 2330 BGB

263 Schenkungen sind nicht ergänzungspflichtig, soweit sie auf Anstand oder sittlichem Gebot beruhen, § 2330 BGB. Übersteigen sie das gebotene Maß, sind sie **insoweit** ergänzungspflichtig[3]. Maßgeblich ist nach h.M. die **objektive** Sichtweise, die der Erblasser im **Zeitpunkt der Schenkung** bei einer vorausschauenden Betrachtung haben musste[4]. Etwaige bis zum Erbfall eintretende Änderungen sind unerheblich. Die abzulehnende **a.A.** stellt zum Schutz des Pflichtteilsberechtigten auf den Erbfall und die Beweggründe des Erblassers

1 Soergel/*Dieckmann*, § 2327 BGB Rz. 19; OLG Oldenburg v. 11.11.1997 – 5 U 56/97, ZEV 1998, 143 mit Anm. *Dieckmann*; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 177.

2 S. Rz. 185 f.

3 BGH v. 27.5.1981 – IVa ZR 132/80, NJW 1981, 2458; Staudinger/*Olshausen*, § 2330 BGB Rz. 10.

4 BGH v. 7.3.1984 – IVa ZR 152/82, NJW 1984, 2939; OLG Koblenz v. 13.7.2006 – 7 U 1801/05, OLGReport 2007, 53; Staudinger/*Olshausen*, § 2330 BGB Rz. 8; *Keim*, FamRZ 2004, 1081 (1086); Soergel/*Dieckmann*, § 2330 BGB Rz. 2, 5.

ab[1]. Zu den erheblichen Kriterien zählen insbesondere die persönlichen Verhältnisse der Beteiligten, ihre Lebensstellung sowie Vermögens- und Lebensverhältnisse, die Erbfolge und die etwa zu belohnende Leistung des Beschenkten[2]. Die Auslegung von § 2330 BGB hat einen etwaigen Wandel sozialer oder gesellschaftlicher Verhältnisse zu berücksichtigen[3]. Die Auslegung von § 534 BGB darf nicht ohne Weiteres übernommen werden[4], ebenso wenig die Entscheidungen zu § 13 Abs. 1 Nr. 14 ErbStG. Der Beschenkte hat zu beweisen, dass § 2330 BGB vorliegt. Diese **Beweislast** greift aber erst, wenn der Gegner zuvor eine Schenkung bewiesen hat[5].

Anstandsschenkungen sind kleinere Zuwendungen und Gelegenheitsgaben zu bestimmten Anlässen[6], also grundsätzlich keine Grundstückszuwendungen[7]. Die örtlichen und gesellschaftlichen Verhältnissse sowie Ansichten und Gepflogenheiten spielen eine wichtige Rolle[8]. 264

Schenkungen aus **sittlicher Pflicht** können einen großen Wert haben und sogar den Nachlass erschöpfen[9]. Voraussetzung ist eine besondere, aus den konkreten Fallumständen erwachsene und in den Geboten der Sittlichkeit wurzelnde Pflicht zur Zuwendung[10]. Die Schenkung muss nicht nur sittlich gerechtfertigt, sondern in der Weise **sittlich geboten** sein, dass ein Unterlassen der Zuwendung dem Erblasser als Verletzung der für ihn bestehenden sittlichen Pflicht zur Last zu legen wäre[11]. Es hat eine objektive Interessenabwägung zu erfolgen[12]. Zu würdigen ist nach h.M. auch, in welchem Maße die Belange von Schenker und Beschenktem es unabweisbar erscheinen lassen, die gesetzlich vorgeschriebene Mindestbeteiligung des Pflichtteilsberechtigten am Nachlass einzuschränken[13]. 265

1 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 18, 19 (Bewusstsein für Anstands- oder Pflichtschenkung erforderlich).
2 BGH v. 7.3.1984 – IVa ZR 152/82, NJW 1984, 2939; MüKo/*Lange*, § 2330 BGB Rz. 3.
3 *Keim*, FamRZ 2004, 1081 (1085); Soergel/*Dieckmann*, § 2330 BGB Rz. 4.
4 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 16; Staudinger/*Olshausen*, § 2330 BGB Rz. 3.
5 Staudinger/*Olshausen*, § 2330 BGB Rz. 11.
6 BGH v. 7.3.1984 – IVa ZR 152/82, NJW 1984, 2939 (Verkehrssitte ist entscheidend, z.B. Geburtstag, Hochzeit, Jubiläum, Prüfungsbelohnung, Trinkgeld, Weihnachten, u.a.).
7 BGH v. 17.1.1996 – IV ZR 214/94, ZEV 1996, 186; *Worm*, RNotZ 2003, 535 (536); Staudinger/*Olshausen*, § 2330 BGB Rz. 4.
8 BGH v. 7.3.1984 – IVa ZR 152/82, NJW 1984, 2939; Staudinger/*Olshausen*, § 2330 BGB Rz. 4.
9 BGH v. 7.3.1984 – IVa ZR 152/82, NJW 1984, 2939.
10 SchlHOLG v. 30.10.1996 – 2 U 54/95, OLGReport 1997, 43.
11 BGH v. 7.3.1984 – IVa ZR 152/82, NJW 1984, 2939; BGH v. 17.1.1996 – IV ZR 214/94, ZEV 1996, 186; OLG Naumburg v. 5.11.1999 – 6 U 51/99, OLGReport 2000, 433.
12 OLG Koblenz v. 17.10.2001 – 9 U 166/01, ZEV 2002, 460; MüKo/*Lange*, § 2330 BGB Rz. 3.
13 BGH v. 7.3.1984 – IVa ZR 152/82, NJW 1984, 2939; OLG Naumburg v. 5.11.1999 – 6 U 51/99, OLGReport 2000, 433; Palandt/*Edenhofer*, § 2330 BGB Rz. 3; a.A. *Keim*, FamRZ 2004, 1082 (1086: Die Interessen des Pflichtteilsberechtigten sind bei der Frage der sittlichen Pflicht unbeachtlich).

266 Die Schenkung von **Grundstücken** ist nur ausnahmsweise sittlich geboten[1].

Beispiele:

Grundstücksübertragung zur Absicherung eines Behinderten[2] oder der Tochter, die ihre Mutter jahrelang gepflegt hat[3], Übereignung des halben Familienwohnhauses an die unterversorgte Ehefrau nach jahrelanger unbezahlter Mitarbeit im Geschäft[4] bzw. zur Altersabsicherung der Ehefrau und Alleinerbin zum Nachteil der Tochter aus erster Ehe[5], besonderes Verhältnis zwischen Erblasser und Beschenkten[6].

Die Schenkung einer **Lebensversicherung** zugunsten der **unterversorgten Ehefrau**[7] ist ergänzungsfest. Die Instanzrechtsprechung ist aber teilweise engherzig[8]. Es ist aber die sittliche Pflicht des erwerbstätigen Erblassers, entsprechend seinen wirtschaftlichen Verhältnissen für die dauernde, über seinen Tod hinausgehende Sicherung des zukünftigen angemessenen **Unterhalts seines Ehegatten** zu sorgen. Die Pflicht entfällt, wenn die Ehegatten getrennt und in Scheidung leben[9]. Diese Grundsätze sind sinngemäß auch für langjährige nichteheliche Lebenspartner anzuwenden[10]. Abzuwarten bleibt, ob § 2330 BGB für **Ehegatten großzügiger** ausgelegt wird, nachdem ehebedingte Zuwendungen grundsätzlich ergänzungspflichtig sind[11]. Teilweise wird vertreten, dass ehebedingte Zuwendungen für den Unterhalt, die Altersvorsorge, den Ausgleich der Mitarbeit oder der hälftigen Beteiligung am Zugewinn

1 BGH v. 7.3.1984 – IVa ZR 152/82, NJW 1984, 2939; BGH v. 19.9.1980 – V ZR 78/79, NJW 1981, 111.
2 BGH v. 17.1.1996 – IV ZR 214/94, ZEV 1996, 186.
3 BGH v. 26.4.1978 – IV ZR 26/77, WM 1978, 905. Pflegeleistungen hat der BGH später indes nur noch stark eingeschränkt berücksichtigt.
4 OLG Karlsruhe v. 14.2.1990 – 6 U 169/89, OLGZ 90, 456.
5 BGH v. 7.3.1984 – IVa ZR 152/82, NJW 1984, 2939.
6 OLG Frankfurt v. 8.9.1999 – 23 U 174/98, OLGReport 1999, 299 (zweifelhaft).
7 Staudinger/*Olshausen*, § 2330 BGB Rz. 9 (unter Einzelfälle); *Klingelhöffer*, Rz. 345. Zur Frage der Ergänzungspflicht ehebedingter Zuwendungen OLG Düsseldorf v. 13.10.2000 – 7 W 71/00, OLGReport 2001, 138 (Hinterbliebenenversorgung über rund 142 000 DM pflichtteilsfest); LG München I v. 4.9.2007 – 6 O 7283/07 (nicht veröffentlicht: monatliche Hinterbliebenenrente von 1394 Euro pflichtteilsfest); s. Rz. 212.
8 Zur Frage der Ergänzungspflicht ehebedingter Zuwendungen: OLG Koblenz v. 13.7.2006 – 7 U 1801/05, OLGReport 2007, 53 (ablehnend bei Bezugsrecht einer Versicherung von 70 000 Euro); LG Göttingen v. 23.3.2007 – 4 S 6/06, ZEV 2007, 386 (ablehnend bei Bezugsrecht einer Versicherung von 21 400 Euro für eine Witwe mit 600 Euro monatlicher Rente); s. Rz. 212.
9 BGH v. 11.11.1981 – IVa ZR 235/80, NJW 1982, 436.
10 BGH v. 10.11.1982 – IVa ZR 83/81, NJW 1983, 674; BGH v. 7.3.1984 – IVa ZR 152/82, NJW 1984, 2939; *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 142; Staudinger/*Olshausen*, § 2330 BGB Rz. 9 (unter Einzelfälle); MüKo/*Wacke*, Nach § 1302 BGB Rz. 26; anders für Alterssicherung der nichtehelichen Partner stillschweigend OLG Düsseldorf v. 31.1.1997 – 7 U 59/96, FamRZ 1997, 1110.
11 Staudinger/*Olshausen*, § 2330 BGB Rz. 6, 7 (§ 2330 BGB bietet Möglichkeit einer adäquaten Beurteilung).

i.d.R. sittlich geboten sind[1]. Entsprechende Tendenzen sind in der Rechtsprechung indes nicht festzustellen[2]. Zuwendungen für Heizöl und Beiträge zu **laufenden Lebenshaltungskosten**[3] sind ergänzungsfest. Das gilt auch für Unterhaltszahlungen für nahe Verwandte, z.B. an nicht unterhaltsberechtigte Geschwister[4]. und belohnende Schenkungen aus Dank für jahrelange unbezahlte Hilfen und **Pflegeleistungen**, soweit sie unter schweren persönlichen Opfern erbracht wurden[5]. Die restriktive Handhabung bei Pflegeleistungen ist indes abzulehnen[6]. Zur Bewertung einer Pflegeleistung s. Rz. 228.

e) Erzwungene Stundung, § 2331a BGB

Nach dem Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts[7] *kann zwar jeder Erbe – nicht nur der Pflichtteilsberechtigte – für Erbfälle ab 1.1.2010 Stundung verlangen. Die Stundungsvoraussetzungen werden aber nur geringfügig herabgesetzt. Daher wird die Stundung die Ausnahme bleiben. Für Erbfälle bis 31.12.2009 verbleibt es bei der Anwendung von § 2331a BGB a.F. Zur Synopse s. Rz. 2a.* 267

Der Erbe (bei Erbfällen bis 31.12.2009 nur der Pflichtteilsberechtigte) kann die Stundung nach § 2331a BGB erzwingen[8], die nicht für die Haftung aus § 2329 BGB gilt[9]. Vorausgesetzt ist, dass er in absehbarer Zeit den Pflichtteil befriedigen kann. § 2331a BGB greift als „**Überbrückungshilfe**" nicht, wenn absehbar ist, dass der Erbe auch in einem gewissen Zeitraum keine Mittel zur Erfüllung des Anspruchs beschaffen kann. Eine andere Auslegung wäre mit dem Verfassungsrang des Pflichtteilsrechts – s. Rz. 2 – unvereinbar.

– Für Erbfälle bis 31.12.2009: Die sofortige Erfüllung des Pflichtteils muss nach § 2331a BGB a.F. zu einer „**ungewöhnlichen Härte**" führen. Dies ist der Fall, wenn die zur Erfüllung des Pflichtteils notwendige Veräußerung

1 *Lipp*, FS Schwab, Zuwendungen an den Partner zwischen Familien- und Erbrecht, 2005, 529 (541).
2 OLG Koblenz v. 13.7.2006 – 7 U 1801/05, OLGReport 2007, 53 (Zuwendung von 200000 Euro für neuen Wohnraum sittlich nicht geboten). Eine verbreitete Instanzrechtsprechung lässt § 2330 BGB bei der Prüfung der Ergänzungspflicht einer ehebedingten Zuwendung unerwähnt, s. die in Rz. 212 f. zitierten Urteile.
3 OLG Oldenburg v. 21.11.1997 – 6 U 175/97, ZEV 1999, 31.
4 BGH v. 7.3.1984 – IVa ZR 152/82, NJW 1984, 2939; *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 142.
5 BGH v. 9.4.1986 – IVa ZR 125/84, NJW 1986, 1926; BGH v. 7.3.1984 – IVa ZR 152/82, NJW 1984, 2939; großzügiger noch BGH v. 26.4.1978 – IV ZR 26/77, WM 1978, 905, zitiert in BGH v. 8.3.2006 – IV ZR 263/04, ZEV 2006, 265; restriktiv OLG Naumburg v. 5.11.1999 – 6 U 51/99, OLGReport 2000, 433; SchlHOLG v. 30.10.1996 – 2 U 54/95, OLGReport 1997, 43; OLG Celle v. 25.4.2002 – 22 U 51/01, OLGReport 2002, 221; *Wagner*, ZErb 2003, 112 (114).
6 *Keim*, FamRZ 2004, 1081 (1086, weite Auslegung zugunsten des Erblassers und Pflegeleistenden auch wegen Entlastung der Sozialsysteme); Gutachten DNotI 1998 zu § 1804; s. auch Begründung in BT-Drs. 16/8954 v. 24.4.2008, S. 17 zu Nr. 14 (§ 2057b BGB).
7 BT-Drs. 16/8954 v. 24.4.2008, S. 21 zu Nr. 26 (§ 2331a Abs. 1 BGB); BGBl. ■.
8 *Klingelhöffer*, ZEV 1998, 121 ff.(auch zur einvernehmlichen Stundung).
9 Soergel/*Dieckmann*, § 2331a BGB Rz. 6.

von Nachlassgegenständen die konkrete Existenzgrundlage des Erben und seiner Familie gefährdet[1]. Als Beispiel nennt das Gesetz die Aufgabe der Familienwohnung[2] oder die Veräußerung des die Lebensgrundlage bildenden Wirtschaftsguts (Unternehmen, Mietshaus, Landwirtschaft, Gesellschaftsanteil)[3]. Es reicht aus, wenn aus einem Nachlassbetrieb so viel flüssige Mittel entzogen werden müssten, dass er liquidationsreif wäre[4].

268 **Unzureichend** ist, dass die Erfüllung des Pflichtteils zum Verkauf unter ungünstigen Marktverhältnissen bzw. zur Unzeit oder zur Aufnahme eines ungünstigen Darlehens[5] zwingt, auch wenn der Erbe angeblich die Raten nicht zu zahlen vermag[6]. Bei geerbten Wertpapieren kann der Erbe nach einem Kursverfall nicht verlangen, dass er den Verkauf aufschiebt, bis die Kurse wieder gestiegen sind (Stichtagsprinzip)[7]. Keine Härte liegt vor, wenn der Erbe den Pflichtteil aus seinem Eigenvermögen befriedigen kann[8]. Ist der Pflichtteilsschuldner nur Miterbe, scheidet eine Stundung aus, wenn der Nachlass ohnehin zur Auseinandersetzung veräußert werden muss[9] bzw. wenn er die Pflichtteilslast im Innenverhältnis nicht zu tragen hat[10].

269 Die Stundung hat für den Pflichtteilsgläubiger auch **zumutbar** zu sein, § 2331a Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. Dies setzt eine Interessenabwägung[11] voraus. Dabei sind das Verhalten des pflichtteilsberechtigten Erben und die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Pflichtteilsberechtigten zu würdigen. Die Stundung soll dem Pflichtteilsberechtigten i.d.R. nicht zugemutet werden, wenn der Erbe zur Sicherheitsleistung nicht in der Lage ist[12].

– Für Erbfälle ab 1.1.2010: Nach der Reform ist das Erfordernis einer „ungewöhnlichen Härte" ersetzt worden durch das Merkmal **„unbillige Härte"**. Diese Änderung hat allenfalls graduellen Charakter und wird leider nicht in der Gesetzesbegründung konkretisiert[13]. Der Gesetzgeber hat aber eine maßvolle Herabsetzung der bestehenden Hürde für die Zulassung der Stun-

1 MüKo/*Lange*, § 2331a BGB Rz. 6; Staudinger/*Olshausen*, § 2331a BGB 15.
2 OLG Dresden v. 23.7.1998 – 7 U 254/98, OLGReport 1999, 384 (erfolgreicher Stundungsantrag).
3 Palandt/*Edenhofer*, § 2331a BGB Rz. 3; MüKo/*Lange*, § 2331a BGB Rz. 6.
4 Palandt/*Edenhofer*, § 2331a BGB Rz. 3.
5 MüKo/*Lange*, § 2331a BGB Rz. 5 f.; Palandt/*Edenhofer*, § 2331a BGB Rz. 3.
6 OLG Hamburg v. 5.5.1998 – 2 U 4/97, OLGReport 1998, 294.
7 MüKo/*Lange*, § 2331a BGB Rz. 5; großzügiger bei vorübergehender allgemeiner außergewöhnlicher Börsenschwäche Staudinger/*Olshausen*, § 2331a BGB Rz. 16; Soergel/*Dieckmann*, § 2331a BGB Rz. 7.
8 *Klingelhöffer*, Rz. 109; MüKo/*Lange*, § 2331a BGB Rz. 6.
9 MüKo/*Lange*, § 2331a BGB Rz. 6.
10 MüKo/*Lange*, § 2331a BGB Rz. 6.
11 OLG Dresden v. 23.7.1998 – 7 U 254/98, OLGReport 1999, 384 (erfolgreicher Stundungsantrag).
12 Dies ist bereits derzeitige Rechtslage: BT-Drs. 16/8954 vom 24.4.2008, S. 21 zu Nr. 26 (§ 2331a BGB).
13 *Bonefeld*, ZErb 2007, 292 (296); *Muscheler*, ZEV 2008, 105 (106); *Scherer/Lehmann*, ZEV 2007, 318 (319); *Schaal*, BWNotZ 2008, 2 (20).

dung angestrebt[1]. Die Auslegung der Gerichte bleibt abzuwarten. Im Übrigen ist eine Erleichterung für den Erben bei der nach wie vor erforderlichen Interessenabwägung gegeben. Nunmehr sind die Belange des Pflichtteilsberechtigten nur noch „angemessen" zu berücksichtigen. Dies beinhaltet eine „deutliche Akzentverschiebung"[2] zugunsten des Erben.

270 Machen mehrere Berechtigte ihren Pflichtteil gegen den Erben geltend, ist gegen jeden einzelnen die Stundung zu beantragen. Die Regelungen über die Stundung des Zugewinnausgleichs gelten analog, §§ 2331a Abs. 2, 1382 Abs. 2–6 BGB. Stundung ist auch in Form angemessener vollständiger oder teilweiser Ratenzahlung mit oder ohne Zinsen bzw. Sicherheitsleistung möglich, § 1382 Abs. 4 BGB[3]. Kann die **Sicherheitsleistung** vom Erben nicht erbracht werden, ist auch nach neuer Rechtslage keine Stundung möglich[4]. **Zuständig** ist bei einem unstreitigen Pflichtteil das Nachlassgericht[5]. Beim streitigen Pflichtteil ist es das durch Urteil entscheidende Prozessgericht, §§ 2331a Abs. 2, 1382 Abs. 5 BGB. Der Stundungsantrag beim Nachlassgericht wird daher unzulässig, sobald Pflichtteilsklage erhoben ist[6]. Nach Rechtskraft des Urteils kann das Nachlassgericht nur bei einer wesentlichen Änderung der Sachlage über die Aufhebung oder Änderung der Stundung entscheiden, §§ 2331a Abs. 2, 1382 Abs. 6 BGB. **Antragsmuster** für das Nachlassgericht bei unstreitigem Pflichtteil:

Ich beantrage, dass der vom Antragsteller anerkannte Pflichtteilsanspruch des Antragsgegners in Höhe von … EUR nach dem Tode von Frau/Herrn …, geboren am …, gestorben am …, gestundet wird gegen eine jährliche Verzinsung von … % mit/ohne Sicherheitsleistung.

➲ **Beratungshinweis:** Ein taktisch motivierter Stundungsantrag kann – auch wenn er nur im Ausnahmefall begründet ist – die Vergleichsbereitschaft des Pflichtteilsgläubigers erhöhen.

f) Verjährungseinrede, §§ 2332, 195, 199 BGB

271 *Das Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts[7] hat §§ 197 Abs. 1 Nr. 2, 2332 Abs. 1 BGB a.F. aufgehoben. Ab 1.1.2010 gilt für alle bestehenden und nicht verjährten Pflichtteilsansprüche gegen den* ***Erben*** *die Regelverjährung in §§ 195, 199 BGB, die im Wesentlichen der bisherigen Sonderregel in § 2332 Abs. 1 BGB entspricht[8]. Es bleibt also bei einer kenntnisabhängigen*

1 BT-Drs. 16/8954 v. 24.4.2008, S. 21 zu Nr. 26 (§ 2331a Abs. 1 BGB).
2 *Bonefeld*, ZErb 2007, 292 (296),
3 Palandt/*Edenhofer*, § 2331a BGB Rz. 5.
4 BT-Drs. 16/8954 v. 24.4.2008, S. 21 zu Nr. 26 (§ 2331a BGB); *Muscheler*, ZEV 2008, 105 (106); *Reimann*, FamRZ 2007, 1597 (1599); *Schaal*, BWNotZ 2008, 2 (20).
5 §§ 73, 83a, 53a FGG bzw. ab 1.9.2009 §§ 343, 362, 264 FamFG (mit Möglichkeit einer einstweiligen Anordnung und Beurkundung eines vollstreckungsfähigen Vergleichs).
6 OLG Karlsruhe v. 27.8.2003 – 11 Wx 69/02, FamRZ 2004, 661.
7 BT-Drs. 16/8954 v. 24.4.2008, S. 13 zu Nr. 1–2 (§§ 197, 199 BGB), S. 22 zu Nr. 27 (§ 2332 BGB); BGBl. ■.
8 So BT-Drs. 16/8954 v. 24.4.2008, S. 12 A.II.2.

Verjährungsfrist von drei Jahren. Anders als früher beginnt sie nach § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB mit dem Schluss des Jahres, in den der Verjährungsbeginn fällt. Nach § 2332 Abs. 1 BGB a.F. begann die Verjährung mit dem Zeitpunkt, in dem der Pflichtteilsberechtigte vom Eintritt des Erbfalls und der ihn beeinträchtigenden Verfügung Kenntnis erlangte. Diese subjektiven Voraussetzungen sind nun etwas anders geregelt in § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB: die Verjährung beginnt nicht nur bei Kenntnis der den Anspruch begründenden Umstände[1] *und Kenntnis von der Person des Schuldners, sondern trotz Unkenntnis dieser Umstände bereits dann, wenn dem Pflichtteilsberechtigten insoweit grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Im Übrigen beträgt die Verjährungshöchstfrist – wie bisher – 30 Jahre, § 199 Abs. 3a BGB. Diese Verjährung beginnt i.d.R. mit Eintritt des Erbfalls*[2]*. Der neue § 2332 Abs. 1 BGB regelt die Sonderverjährung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs gegen den* ***Beschenkten****, der dem bisherigen Abs. 2 gleicht. Der neue § 2332 Abs. 2 BGB entspricht dem bisherigen Abs. 3. In diesen beiden Fällen verbleibt es bei der alten Rechtslage.* ***Übergangsvorschriften*** *für Erbfälle bis 31.12.2009 sind in Art. 229 § 21 Abs. 1–3 EGBGB geregelt*[3]*.*

Daher wird nachfolgend **§ 2332 BGB a.F.** dargestellt: Pflichtteilsansprüche verjähren in **drei Jahren** nach Kenntnis des Pflichtteilsberechtigten vom Erbfall und der ihn beeinträchtigenden Verfügung, § 2332 Abs. 1 (Halbs. 1) BGB a.F. Die kurze Verjährungsfrist dient der raschen Klärung und Abwicklung des Nachlasses[4]. Sie gilt auch für Zugewinnausgleichsansprüche des überlebenden Ehegatten nach §§ 1371 Abs. 2, 1378 Abs. 4 Satz 3 BGB a.F., nicht aber für Auseinandersetzungs-, Vermächtnis-[5] und Auskunftsansprüche des Pflichtteilsberechtigten[6]. In einer letztwilligen Verfügung kann der Erblasser die Verjährung auf 30 Jahre verlängern, insbesondere aus erbschaftsteuerlichen Gründen beim Berliner Testament[7]. Daneben kann der Erbe mit dem Pflichtteilsberechtigten eine Vereinbarung über die Verlängerung der Verjährung treffen[8].

272 Pflichtteilsergänzungsansprüche gegen den **Beschenkten** verjähren unabhängig von der Kenntnis des Pflichtteilsberechtigten in drei Jahren vom Erbfall

1 Großzügig *Damrau*, ZEV 2009, 274 (277: auch Kenntnis des Pflichtteilsberechtigten vom Bestand des Nachlasses erforderlich). Danach beginnt die Verjährungsfrist nicht zu laufen, soweit der Erbe einzelne Gegenstände oder Schenkungen bzw. ehebedingte Zuwendungen nicht im Bestandsverzeichnis mitgeteilt hat. Nach früherer Rechtslage musste zum Schutz des Pflichtteilsberechtigten auf § 242 BGB zurückgegriffen werden.

2 So BT-Drs. 16/8954 v. 24.4.2008, S. 12 A.II.2.

3 Instruktiv hierzu *Damrau*, EE 2009, 134 (136 ff.); siehe auch oben Rz. 2 (letzter Marker).

4 Staudinger/*Olshausen*, § 2332 BGB, Rz. 1.

5 MüKo/*Lange*, § 2332 BGB Rz. 2.

6 S. Rz. 155.

7 § 202 Abs. 2 BGB: *Klingelhöffer*, Rz. 123a; *Löhnig*, ZEV 2004, 267 (268); *Worm*, RNotZ 2003, 535 (555); a.A. *Lange*, ZEV 2003, 433 ff.

8 *Keim*, ZEV 2004, 173 (176); Palandt/*Edenhofer*, § 2332 BGB Rz. 1.

an, § 2332 Abs. 2 BGB a.F. Dies gilt auch, wenn der Erbe als Beschenkter haftet[1].

➲ **Beratungshinweis**: In allen Pflichtteilsfällen, in denen der Nachlass durch lebzeitige Schenkungen des Erblassers reduziert wurde, ist diese starre Verjährungsfrist streng im Auge zu behalten. Ggf. sind verjährungshemmende Schritte gegen den Beschenkten einzuleiten (**Haftungsgefahr**). Dies gilt auch nach Inkrafttreten der Reform des Verjährungsrechts am 1.1.2010.

273 Bei Pflichtteilsansprüchen gegen den Erben läuft die kurze Verjährungsfrist nur, wenn der Pflichtteilsberechtigte positive[2] **doppelte Kenntnis** hat, § 2332 Abs. 1 Halbs. 1 BGB a.F. Ohne diese Kenntnis verjährt der Anspruch in 30 Jahren, § 2332 Abs. 1 Halbs. 2 BGB a.F.

- Der Pflichtteilsberechtigte muss Kenntnis vom **Erbfall** haben[3]. Kenntnis kann auch auf einer sicheren mündlichen Mitteilung des Rechtspflegers beruhen. Die Frist kann daher nach dem Erbfall und vor der Testamentseröffnung (§ 2260 BGB) oder Benachrichtigung (§ 2262 BGB) laufen. § 1944 Abs. 2 Satz 2 BGB ist hier nicht analog anwendbar[4].
- Der Pflichtteilsberechtigte muss die ihn beeinträchtigende wirksame **Verfügung von Todes** wegen kennen. Er muss erfassen, dass sie sein gesetzliches Erbrecht beeinträchtigt oder ausschließt[5]. Nicht erforderlich ist, dass er die Verfügung oder seine Beeinträchtigung in vollem Umfang erkannt hat[6]. Unerheblich ist die Kenntnis vom Bestand und Wert des Nachlasses[7]. Auch beim Ausgleichungspflichtteil nach **§ 2316 Abs. 1 BGB**, der ein unselbständiger Teil des ordentlichen Pflichtteils ist, kommt es für den Beginn der Verjährung nicht darauf an, wann der Pflichtteilsberechtigte vom ausgleichungspflichtigen Vorempfang Kenntnis hat (streitig)[8]. Anders liegt es nach überwiegender Ansicht beim Anspruch nach **§ 2316 Abs. 2 BGB.** Dort soll Kenntnis vom Vorempfang dem Grunde nach erforderlich sein[9] (zweifelhaft)**.** Besonderheit: Durch die Sperrwirkung von § 1600d Abs. 4 BGB kann der **nichteheliche Pflichtteilsberechtigte** seinen Pflichtteil trotz

1 BGH v. 9.10.1985 – IVa ZR 1/84, NJW 1986, 1610; OLG München v. 28.1.2009 – 20 U 4451/08, FamRZ 2009, 1010; MüKo/*Lange*, § 2332 BGB Rz. 13; a.A. Staudinger/*Olshausen*, § 2332 BGB Rz. 25 (Anwendung nur von § 2332 Abs. 1 BGB).

2 Grob fahrlässige Unkenntnis ist unschädlich: Staudinger/*Olshausen*, § 2332 BGB Rz. 15.

3 MüKo/*Lange*, § 2332 BGB Rz. 4.

4 Staudinger/*Olshausen*, § 2332 BGB Rz. 20; MüKo/*Lange*, § 2332 BGB Rz. 7.

5 OLG Düsseldorf v. 27.3.1998 – 7 U 157/97, FamRZ 1998, 1268.

6 BGH v. 25.1.1995 – IV ZR 134/95, NJW 1995, 1157; OLG Düsseldorf v. 23.7.1999 – 7 U 236/98, NJWE-FER 1999, 328 (vorwerfbarer Erinnerungsverlust hilft nicht).

7 BGH v. 28.4.2004 – IV ZR 85/03, ZEV 2004, 377; BGH v. 25.1.1995 – IV ZR 134/95, NJW 1995, 1157; OLG Karlsruhe v. 21.8.2006 – 15 W 23/06, ZEV 2007, 329.

8 OLG Karlsruhe v. 21.8.2006 – 15 W 23/06, ZEV 2007, 329; *Keim*, ZEV 2007, 332 (333); Palandt/*Edenhofer*, § 2332 BGB Rz. 3; a.A. *Schindler*, ZErb 2007, 327 (330); *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 1952 Fn. 35.

9 BGH v. 23.2.1972 – IV ZR 135/70, NJW 1972, 760; *Keim*, ZEV 2007, 332 (333); ausführlich *Schindler*, ZErb 2007, 327 (329); *Ruby*, ZErb 2006, 86 (89), a.A. Palandt/*Edenhofer*, § 2332 BGB Rz. 3; Staudinger/*Olshausen*, § 2332 BGB Rz. 17.

§ 2317 BGB nicht geltend machen, so lange die Vaterschaft zum Erblasser nicht rechtskräftig festgestellt ist. Die Verjährung nach § 2332 BGB a.F. sollte hier nicht vor rechtskräftiger Feststellung der Vaterschaft beginnen[1].

274 Die Frist für den eigenständigen **Pflichtteilsergänzungsanspruch** beginnt überdies erst mit Kenntnis von der jeweiligen Schenkung i.S. v. § 2325 BGB[2]. Er kann später, aber nicht früher als der ordentliche Pflichtteil verjähren[3]. Die genaue Kenntnis vom Umfang der Schenkung ist nicht erforderlich, sofern der Pflichtteilsberechtigte weiß, dass eine Schenkung dem Grunde nach erfolgt ist[4]. Hatte der Pflichtteilsberechtigte bereits zu Lebzeiten des Erblassers Kenntnis von dessen Schenkung, beginnt die Verjährung bereits mit dem Erbfall[5]. Hat der Erblasser mehrere Schenkungen gewährt, die dem Pflichtteilsberechtigten nicht gleichzeitig bekannt werden, können sich daraus verschiedene Pflichtteilsergänzungsanspüche mit unterschiedlich laufenden Verjährungsfristen ergeben[6].

➲ **Beratungshinweis:** Die Verjährung von Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüchen ist gesondert zu prüfen (gespaltener Fristlauf).

275 Die **Kenntnis** von der beeinträchtigenden Verfügung **fehlt**, solange der Abkömmling bei Zugewinngemeinschaftsehe nicht weiß, ob der überlebende Ehegatte die Erbschaft oder ein Vermächtnis angenommen hat. Er hat dann keine Kenntnis über seine Pflichtteilsquote und damit des Ausmaßes der ihn beeinträchtigenden Verfügung[7]. Kenntnis fehlt infolge **Irrtums**[8], wenn der Berechtigte davon ausging, die Verfügung sei unwirksam und entfalte für ihn keine beeinträchtigende Wirkung, soweit die Wirksamkeitsbedenken nicht von vornherein von der Hand zu weisen sind[9]. Dem steht gleich, dass er das Testament nicht auf den eingetretenen Erbfall bezieht[10] oder unklar ist, wer Erbe ist[11]. Die „hinreichende Sicherheit" eines wirksamen Testaments und der darin enthaltenen Enterbung reicht aber aus[12]. Erhält der Pflichtteils-

1 *Tanck* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 14 Rz. 241; Staudinger/*Olshausen*, § 2332 BGB Rz. 37.
2 BGH v. 9.3.1988 – IVa ZR 272/86, NJW 1988, 1667.
3 BGH v. 23.2.1972 – IV ZR 135/70, NJW 1972, 760; *Ruby*, ZErb 2006, 86 (89); *Cornelius*, ZEV 2005, 286 (289); Staudinger/*Olshausen*, § 2332 BGB Rz. 16.
4 OLG Koblenz v. 9.8.2004 – 12 U 432/03, OLGReport 2005, 113.
5 OLG Koblenz v. 9.8.2004 – 12 U 432/03, OLGReport 2005, 113.
6 BGH v. 9.3.1988 – IVa ZR 272/86, NJW 1988, 1667; *Schindler*, ZErb 2007, 327 (328); OLG Koblenz v. 9.8.2004 – 12 U 432/03, OLGReport 2005, 113.
7 Palandt/*Edenhofer*, § 2332 BGB Rz. 6; MüKo/*Lange*, § 2332 BGB Rz. 9.
8 Rechts- oder Tatsachenirrtum, *Ebenroth/Koos*, ZEV 1995, 233 ff.
9 BGH v. 6.11.1963 – V ZR 191/62, NJW 1964, 297; BGH v. 6.10.1999 – IV ZR 262/98, NJW 2000, 288; KG v. 31.5.2006 – 25 U 50/05, OLGReport 2007, 180; OLG Düsseldorf v. 25.1.2008 – 7 U 2/07, ZEV 2008, 346.
10 BGH v. 6.10.1999 – IV ZR 262/98, NJW 2000, 288.
11 OLG Düsseldorf v. 27.3.1998 – 7 U 157/97, FamRZ 1998, 1268; OLG Düsseldorf v. 25.1.2008 – 7 U 2/07, ZEV 2008, 346.
12 OLG Düsseldorf v. 25.1.2008 – 7 U 2/07, ZEV 2008, 346 (Kenntnis bereits nach Sachverständigenanhörung, wonach die Erblasserin testierfähig war und sie das Testament eigenhändig verfasst hat) mit zust. Anm. *Fischer*, ZEV 2008, 348.

berechtigte von einer neuen Verfügung Kenntnis, die er als Widerruf der ursprünglichen Enterbung ansehen kann, fällt die frühere Kenntnis von der Enterbung fort. Der bis dahin abgelaufene Teil der Verjährungsfrist gilt als nicht abgelaufen[1]. **Unerheblich** ist der Irrtum, es bestehe kein Pflichtteilsrecht[2], oder die unrichtige Auslegung der letztwilligen Verfügung, sofern der Pflichtteilsberechtigte meint, grundsätzlich Pflichtteilsansprüche geltend machen zu können[3]. Bei einer **auflösend bedingten Erbeinsetzung** oder einer Verwirkungsklausel beginnt die Verjährung bereits mit Kenntnis der Verfügung, nicht erst mit Kenntnis vom tatsächlichen Eintritt der Beeinträchtigung[4]. Wird der Pflichtteilsberechtigte erst infolge Wegfalls näherer Verwandter konkret pflichtteilsberechtigt, ist die positive Kenntnis vom Wegfall des vorrangigen Pflichtteilsberechtigten geboten[5].

➲ **Beratungshinweis:** Der Beginn der Verjährungsfrist kann im Einzelfall unwägbar sein. In einem anhängigen Prozess über die Erbfolge sollte der Berater daher möglichst früh einen verjährungshemmenden Hilfsantrag auf Feststellung des Pflichtteilsrechts stellen. Die **Beweislast** für die Kenntnis liegt beim sich auf die Verjährung berufenden Erben[6].

Die Verjährungsfrist läuft unabhängig von der Ausschlagungsfrist[7], § 2332 Abs. 3 BGB a.F. Damit kann der Pflichtteilsanspruch schon vor seinem Entstehen verjähren, wenn hierfür die **Ausschlagung** eines Erbes oder Vermächtnisses erforderlich ist, §§ 2306 Abs. 1, 2307, 1371 BGB. Der pflichtteilsberechtigte Nacherbe hat also i.d.R. vor dem Nacherbfall auszuschlagen. Dies ist eine **Haftungsfalle**, auch nach Inkrafttreten der Verjährungsreform. 276

➲ **Beratungshinweis:** Eine vor Ablauf der Verjährungsfrist erhobene Klage hemmt die Verjährung nur, wenn die Ausschlagung spätestens in der letzten mündlichen Verhandlung in erster oder zweiter Instanz erfolgt ist. Eine mangels Ausschlagung rechtskräftig abgewiesene Klage hemmt die Verjährung auch dann nicht, wenn der Berechtigte die Ausschlagung später nachholt (streitig)[8].

Für alle Erbfälle auch nach Inkrafttreten der Verjährungsreform ab 1.1.2010 ist beachtlich:

1 BGH v. 19.6.1985 – IVa ZR 114/83, MDR 1985, 1003.
2 OLG Koblenz v. 5.7.2004 – 2 W 377/04, OLGReport 2004, 662.
3 BGH v. 25.1.1995 – IV ZR 134/95, NJW 1995, 1157; MüKo/*Lange*, § 2332 BGB Rz. 7.
4 MüKo/*Lange*, § 2332 BGB Rz. 9; Palandt/*Edenhofer*, § 2332 BGB Rz. 7.
5 MüKo/*Lange*, § 2332 BGB Rz. 9 (andernfalls würde der Anspruch verjähren können, ohne dass überhaupt die Möglichkeit zur Geltendmachung besteht).
6 Staudinger/*Olshausen*, § 2332 BGB Rz. 21.
7 Staudinger/*Olshausen*, § 2332 BGB Rz. 23.
8 *Pentz*, NJW 1966, 647; Soergel/*Dieckmann*, § 2332 BGB Rz. 29; Staudinger/*Olshausen*, § 2332 BGB Rz. 23; a.A. Schleswig-Holsteinisches OLG v. 5.11.2002 – 3 U 184/00, FamRZ 2003, 1696; Palandt/*Edenhofer*, § 2332 BGB Rz. 8 (verjährungshemmende Klage vor Ausschlagung möglich).

277 Beim **Minderjährigen** ist die Verjährung gegenüber den Eltern bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres bzw. ab 1.1.2010 bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres gehemmt, § 207 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB[1]. Bei minderjährigen oder betreuten Pflichtteilsberechtigten wird auf die Kenntnis des gesetzlichen Vertreters abgestellt[2]. Fehlt er, gilt die Ablaufhemmung in § 210 BGB. Ein **Anerkenntnis**[3] des Verpflichteten führt zum Neubeginn der Verjährung, § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB. Dies liegt vor, wenn der Erbe sich bereit erklärt, Auskunft zu erteilen und zu erkennen gibt, dass er sich des Pflichtteilsanspruchs bewusst ist und diesen befriedigen will[4]. Ein Anerkenntnis kann der Erbe durch entsprechenden Vorbehalt vermeiden[5]. Das Anerkenntnis eines **Vorerben** wirkt auch nach Eintritt der Verjährung gegenüber dem Nacherben[6]. Das Anerkenntnis des Testamentsvollstreckers bewirkt keine Unterbrechung, soweit die Erben nicht zugestimmt haben[7]. Überdies kommt der Neubeginn der Verjährung nur noch bei Beantragung oder Vornahme einer Vollstreckungshandlung in Betracht, § 212 Abs. 1 Nr. 2 BGB. Eine besondere Ablaufhemmung bewirkt § 203 BGB bei schwebenden **Verhandlungen** über den Pflichtteil oder die ihn begründenden Umstände. Dazu reicht es i.d.R. aus, dass der Pflichtteilsschuldner Auskunft erteilt, es sei denn, er weist Pflichtteilsansprüche unmissverständlich zurück[8]. Die Ablaufhemmung in **Nachlassfällen** aus § 211 BGB ist ebenfalls anwendbar[9]. Der **Verzicht** auf die Einrede der **Verjährung** lässt die Frist gemäß § 202 BGB in der seit 1.1.2002 geltenden Fassung nicht (mehr) neu beginnen. Durch den Verzicht bleibt der Verjährungsverlauf unbeeinflusst, er schließt lediglich das Leistungsverweigerungsrecht für einen bestimmten Zeitraum aus[10]. **Treuwidriges Verhalten** des Erben führt weder zu einer Hemmung noch zu einem Neubeginn der Verjährung, sondern ermöglicht dem Pflichtteilsberechtigten nur eine unverzügliche Geltendmachung[11].

278 **Beratungsfallen** drohen bei der Verjährungshemmung durch **Klage**, §§ 209, 204 BGB:

---

1 Siehe zur Begründung der Verlängerung BT-Drs. 16/8954 v. 24.4.2008, S. 14 zu Nr. 3 (§ 207 BGB).
2 Staudinger/*Olshausen*, § 2332 BGB Rz. 10; Soergel/*Dieckmann*, § 2332 BGB Rz. 5 (beim betreuten Pflichtteilsberechtigten zählt die Kenntnis des Betreuers, wenn die Verfolgung des Pflichtteils zu seinem Aufgabenkreis zählt).
3 Instruktiv OLG Düsseldorf v. 6.11.1998 – 7 U 282/97, FamRZ 1999, 1097.
4 BGH v. 14.5.1975 – IV ZR 19/74, NJW 1975, 1409; Staudinger/*Olshausen*, § 2332 BGB Rz. 27.
5 Staudinger/*Olshausen*, § 2332 BGB Rz. 27.
6 BGH v. 4.7.1973 – IV ZR 185/72, NJW 1973, 1690.
7 BGH v. 2.12.1968 – II ZR 2/68, NJW 1969, 424.
8 KG v. 5.6.2008 – 8 U 213/07, ZEV 2008, 481 mit Anm. *Ruby*, ZEV 2008, 483 (484).
9 Staudinger/*Olshausen*, § 2332 BGB Rz. 38.
10 BGH v. 18.9.2007 – XI ZR 447/06, MDR 2008, 94; KG v. 5.6.2008 – 8 U 213/07, ZEV 2008, 481 (zeitlich beschränkter Einredeverzicht, was in der Verzichtserklärung nicht zum Ausdruck kam) mit Anm. *Ruby*, ZEV 2008, 483(484); LG Stendal v. 28.9.2006 – 22 S 19/06, MDR 2007, 1201.
11 OLG Düsseldorf v. 6.1.2004 – 1-7 U 126/03, ZErb 2005, 92 mit ablehnender Anm. *Tanck*, ZErb 2005, 94 f.; a.A. *Damrau*, ZEV 2009, 274 (276).

Der Umfang der Hemmung bestimmt sich durch den Streitgegenstand. Daher hemmt die isolierte Klage auf **Auskunft**, Abgabe der eidesstattlichen Versicherung oder Wertermittlung nicht den Pflichtteil, da kein Zahlungsanspruch rechtshängig ist[1].

279 Die **Stufenklage**[2] hemmt die Verjährung, soweit der Zahlungsantrag eindeutig auf den Pflichtteil gerichtet ist[3]. Die Verjährung wird nur im Umfang der anschließenden Bezifferung des Klageantrags gehemmt[4]. Die Hemmung endet, wenn der Zahlungsantrag nach Erledigung der Vorstufen nicht weiterverfolgt wird[5], § 204 Abs. 2 BGB. Eine Verjährung ist danach auch zwischen den verschiedenen Klagestufen möglich (**Haftungsgefahr**). Eine **Teilklage** hat keine Hemmungswirkung für den zunächst nicht geltend gemachten Restpflichtteil[6]. Die Klage gegen den Vorerben hemmt die Verjährungsfrist auch gegen den Nacherben, wenn der Nacherbfall nach Klageerhebung eintritt[7].

280 Die Klage auf den Pflichtteil hemmt im geltend gemachten Umfang auch die Verjährung von **Pflichtteilsergänzungsansprüchen**[8]. Das gilt entsprechend, wenn zunächst nur der Ergänzungsanspruch und später der ordentliche Pflichtteil geltend gemacht werden[9].

➲ **Beratungshinweis:** Die Klage aus **§ 2325 BGB** hemmt nur dann die Verjährung der Ansprüche aus **§ 2329 BGB**[10], wenn der Beschenkte zugleich Erbe ist. Der Pflichtteilsberechtigte kann die Verjährung gegen den Beschenkten insbesondere mit einer Feststellungsklage hemmen[11].

Die Klage auf **Feststellung** der Pflichtteilsberechtigung führt nur zur Hemmung der Verjährung des Ergänzungsanspruchs, wenn im Prozess zur Schenkung vorgetragen wurde[12].

---

1 BGH v. 14.5.1975 – IV ZR 19/74, NJW 1975, 1409.
2 S. Rz. 350 ff.
3 Eine indifferente Vermischung von Pflichtteil und Zugewinnausgleich ist unzulässig, Soergel/*Dieckmann*, § 2332 BGB Rz. 21.
4 BGH v. 17.6.1992 – IV ZR 183/91, NJW 1992, 2563; Staudinger/*Olshausen*, § 2332 BGB Rz. 30.
5 BGH v. 22.3.2006 – IV ZR 93/05, ZEV 2006, 263; BGH v. 27.1.2005 – VII ZR 238/03, MDR 2005, 766; BGH v. 14.5.1975 – IV ZR 19/74, NJW 1975, 1409 (je § 211 Abs. 2 BGB a.F.); Soergel/*Dieckmann*, § 2332 BGB Rz. 21.
6 S. BGH v. 9.1.2008 – XII ZR 33/06, FamRZ 2008, 675 (§ 1378 BGB: „Erhebt der Berechtigte eine Teilklage, so erstreckt sich eine für den geltend gemachten Teilanspruch eingetretene Hemmung der Verjährung nicht auf den Restanspruch); Staudinger/*Olshausen*, § 2332 BGB Rz. 33.
7 Staudinger/*Olshausen*, § 2332 BGB Rz. 32.
8 BGH v. 23.1.1972 – IV ZR 135/70, NJW 1972, 761; Staudinger/*Olshausen*, § 2332 BGB Rz. 31; Soergel/Dieckmann, § 2332 BGB Rz. 22.
9 MüKo/*Lange*, § 2332 BGB Rz. 10; Soergel/*Dieckmann*, § 2332 BGB Rz. 22.
10 BGH v. 29.5.1974 – IV ZR 163/72, NJW 1974, 1327; OLG Düsseldorf v. 27.10.1995 – 7 U 156/94, FamRZ 1996, 445.
11 S. Rz. 352, 356.
12 BGH v. 27.3.1996 – IV ZR 185/95, ZEV 1996, 223.

Der Pflichtteilsanspruch wird nicht durch Erhebung der Erbschaftsklage nach § 2018 BGB gehemmt[1]. Hier ist eine **Eventualklage** auf den Pflichtteil zu erheben[2]. Auch die Klage gegen den **Testamentsvollstrecker** hemmt die Verjährung nicht, vgl. § 2213 Abs. 1 Satz 3 BGB[3]. Ebenso wenig hemmt die Klage auf Zahlung des großen Pflichtteils die Verjährung des Zugewinnausgleichs aus § 1371 Abs. 2 BGB[4]. Bei Einreichung eines **Prozesskostenhilfeantrags** tritt nach § 204 Abs. 1 Nr. 14 BGB keine Verjährungshemmung ein, wenn das Gericht die Bekanntgabe an den Gegner nicht veranlasst[5]. Der Antragsteller hat hierum ausdrücklich zu ersuchen. Nur die **zulässige Streitverkündung** hemmt nach § 204 Abs. 1 Nr. 6 BGB die Verjährung[6].

g) Sonstige Verteidigungsmittel

281 In den ersten drei Monaten nach Annahme der Erbschaft kann der Erbe die Begleichung von Pflichtteilsansprüchen verweigern, §§ 2014 BGB, 780 ZPO (**Dreimonatseinrede**). Die Einrede hat aber keine materielle Wirkung und hindert weder eine Klage noch eine Sicherungsvollstreckung (§§ 782, 783, 785 ZPO). Insbesondere bleiben Verzugsansprüche gegen den Erben unberührt[7].

Jeder Miterbe kann **vor** der Teilung mit der **Einrede des ungeteilten Nachlasses** die Erfüllung des Pflichtteils aus seinem Eigenvermögen verweigern, § 2059 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Einrede führt dazu, dass der Pflichtteilsberechtigte nicht in das Eigenvermögen des Erben vollstrecken darf, sofern die Einrede im Urteil[8] gemäß **§ 780 ZPO** vorbehalten wurde und sich der Erbe gegen die Vollstreckung mit §§ 781, 785, 767 ZPO wehrt. Der Gläubiger kann aber in den Anteil am ungeteilten Nachlass nach § 859 ZPO vollstrecken. **Nach** der Teilung haftet der Miterbe, der das Recht zur Haftungsbeschränkung nicht verloren hat, dem Pflichtteilsberechtigten unter den engen Voraussetzungen der §§ 2060, 2061 BGB nur anteilig nach seiner Erbquote, im Übrigen als Gesamtschuldner[9].

Der Erbe sollte stets prüfen, ob der Pflichtteil über **§§ 2315, 2316 BGB** oder Ergänzungsansprüche über **§ 2327 BGB** gekürzt werden können. **§ 2309 BGB** kann ebenfalls zur Pflichtteilsabwehr dienen.

---

1 Staudinger/*Olshausen*, § 2332 BGB Rz. 34; Soergel/*Dieckmann*, § 2332 BGB Rz. 24a.
2 Staudinger/*Olshausen*, § 2332 BGB Rz. 34; OLG Düsseldorf v. 25.1.2008 – 7 U 2/07, ZEV 2008, 346 mit Anm. *Fischer*, ZEV 2008, 348 (Kläger versäumte, zur Verjährungshemmung den Hilfsantrag auf Feststellung seines Pflichtteilsrechts zu stellen).
3 Staudinger/*Olshausen*, § 2332 BGB Rz. 34; Soergel/*Dieckmann*, § 2332 BGB Rz. 25.
4 BGH v. 18.11.1982 – IX ZR 91/81, NJW 1983, 388; Soergel/*Dieckmann*, § 2332 BGB Rz. 21.
5 BGH v. 24.1.2008 – IX ZR 195/06, BGHReport 2008, 659.
6 BGH v. 6.12.2007 – IX ZR 143/06, BGHReport 2008, 250 mit kritischer Anm. *Althammer*, NJW 2008, 2620.
7 MüKo/*Siegmann*, § 2014 BGB Rz. 5; Palandt/*Edenhofer*, § 2014 BGB Rz. 3.
8 Aber nicht im Kostenfestsetzungsbeschluss, LG Leipzig v. 7.1.1999 – 01 T 10392/98, ZEV 1999, 234. S. auch Kapitel C XII Rz. 39.
9 *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 82.

Der Erbe kann die Haftung für Pflichtteilsansprüche[1] mit seinem Eigenvermögen bei **unzureichendem Nachlass** mit der Nachlassverwaltung[2] (§§ 1975 ff. BGB), dem Nachlassinsolvenzverfahren[3] (§§ 315 ff. InsO), der Dürftigkeitseinrede[4] (§§ 1990, 1991 BGB), der Unzulänglichkeits-[5] und Erschöpfungseinrede[6] (§ 1990 BGB) und der Überschwerungseinrede[7] bei Vermächtnissen gem. § 2307 BGB (§ 1992 BGB) verhindern. 282

Die Einrede der **Pflichtteilsunwürdigkeit** kann auch nach Fristablauf geltend gemacht werden, §§ 2083, 2339, 2345 Abs. 2 BGB[8]. Ein **Pflichtteilsverzicht** beseitigt regelmäßig auch die Ansprüche der Abkömmlinge des verzichtenden Pflichtteilsberechtigten, §§ 2346 Abs. 2, 2349 BGB.

Die **Verwirkung** des Pflichtteils scheidet regelmäßig aus. Das Umstandsmoment kann nur auf einem Verhalten des Pflichtteilsberechtigten gegenüber dem Erben beruhen[9]. Das notwendige Zeitmoment wird wegen der kurzen Verjährungsfrist grundsätzlich fehlen[10]. Für Billigkeitserwägungen ist im starren Pflichtteilsrecht kein Raum[11]. Treuwidrig soll die Berufung auf die Verjährungseinrede sein, wenn der Pflichtteilsberechtigte durch eine schuldhafte Täuschung davon abgehalten wurde, rechtzeitig Leistungsklage zu erheben[12]. **Beispiele**, in denen eine Verwirkung **abgelehnt** wurde: Der Erbe, der außergerichtlich bereit war, einen von ihm errechneten Betrag nach Darlehensaufnahme auszuzahlen, kann die Unzulänglichkeitseinrede nach § 1990 BGB erheben, wenn der Pflichtteilsberechtigte im Klageweg höhere Ansprüche geltend macht[13]. Die das Scheidungsverfahren betreibende Ehefrau hat das Scheidungsurteil in Absprache mit dem Erblasser aus steuerlichen Gründen nicht rechtskräftig werden lassen[14]. Ein Pflichtteilsanspruch kann auch nach 50-jähriger Trennung nicht verwehrt werden[15]. Die Not des Erben, zur Finanzierung des Pflichtteils Existenzgrundlagen (Familienheim, Betrieb) zu versilbern, ist unerheblich[16]. Ein Leistungsverweigerungsrecht aus § 242 BGB über die Denkfigur des wahren inneren Werts hat keine Berechtigung[17]. 283

1 Auch Pflichtteilsergänzungsansprüche mit Ausnahme von § 2329 BGB.
2 Kapitel C V Rz. 104 ff.: *Graf*, ZEV 2000, 125 ff.
3 Kapitel C V Rz. 115 ff.; *Jülicher*, ZEV 1998, 370 ff.
4 Kapitel C V Rz. 126.
5 Kapitel C V Rz. 127.
6 Kapitel C V Rz. 128.
7 Kapitel C V Rz. 129.
8 S. Rz. 311.
9 Palandt/*Edenhofer*, § 2317 BGB Rz. 5.
10 *Klingelhöffer*, Rz. 103.
11 BGH v. 26.9.2001 – IV ZR 198/00, ZEV 2002, 21; BGH v. 13.7.1983 – IVa ZR 15/82, NJW 1983, 2857.
12 OLG Koblenz v. 6.5.2002 – 5 U 1287/01, ZErb 2002, 233; OLG Düsseldorf v. 6.1.2004 – 1-7 U 126/03, ZErb 2005, 92 mit ablehnender Anm. *Tanck*, ZErb 2005, 94 f.
13 BGH v. 5.4.2000 – IV ZR 145/98, ZEV 2000, 274.
14 BGH v. 26.6.1974 – IV ZR 59/73, FamRZ 74, 648.
15 SchlHOLG v. 12.10.1999 – 3 U 179/98, OLGReport 2000, 241.
16 Argument § 2331a BGB.
17 S. Rz. 78.

284 Ein konkludenter **Erlassvertrag** nach § 397 BGB zwischen dem Pflichtteilsberechtigten und Erben ist mit größter Zurückhaltung anzunehmen[1]. Keinesfalls liegt der Erlass des Restpflichtteils vor, wenn ein Vermächtnis unter dem Wert des Pflichtteils vorbehaltlos angenommen wird[2].

285 Der Pflichtteil erlischt durch **Erfüllung** (§ 362 BGB), Hinterlegung (§§ 372 ff. BGB), Aufrechnung (§ 398 BGB) und Leistung an Erfüllungs statt (§ 364 Abs. 1 BGB). Der Erbe ist nicht zu Teilleistungen[3] berechtigt, vermeidet insoweit aber einen Verzug. Umgekehrt besteht auch kein Anspruch auf Vorschuss. Die Erfüllung eines Erben wirkt zugunsten der Miterben, § 422 BGB. Die **Aufrechnung** gegen den Pflichtteil kann erfolgen, wenn er anerkannt oder rechtshängig gemacht ist, §§ 387, 394 Abs. 1 BGB, § 852 ZPO.

➲ **Beratungshinweis:**

- Der Pflichtteilsberechtigte kann keine Erbschaftsteuer sparen, wenn der geltend gemachte Pflichtteil mit einem **Grundstück** abgefunden wird[4]. Der geringere Steuerwert des Grundbesitzes ist nur bei der Abfindung für den Verzicht auf den bereits entstandenen, aber noch nicht geltend gemachten Pflichtteil maßgeblich[5]. Für Erbfälle ab 1.1.2009 lohnt dieses Vorgehen infolge des neuen Erbschaftsteuerrechts (Verkehrswert als Bewertungsziel) nur noch ausnahmsweise.
- Die Grundstücksübertragung an Erfüllungs statt erfolgt steuerlich **entgeltlich**[6]. Daher fällt z.B. Grunderwerbsteuer an, wenn kein persönlicher Befreiungstatbestand vorliegt[7].
- Ein späterer Erlass eines geltend gemachten Pflichtteils hebt die Erbschaftsteuer nicht auf[8].

3. Pflichtteilslast im Innenverhältnis, §§ 2320, 2321 BGB

➲ **Beratungssituation:** Mandantin ist nach dem Tod ihrer Mutter enterbt. Sie hat zwei Kinder. Ihre Schwester ist vorverstorben und hat zwei Kinder hinterlassen. Die unverheiratete Erblasserin hat alle vier Enkelkinder zu Erben zu je ¼ eingesetzt. Mandantin will Pflichtteilsansprüche geltend machen, wenn sie dadurch nicht ihre Kinder belastet. Nachlasswert: 340 000 Euro.

1 BGH v. 24.6.2004 – I ZR 266/01, BGHReport 2005, 217.
2 S. Rz. 173.
3 BGH v. 15.11.1957 – IV ZR 171/57, LM § 2314 BGB Nr. 2.
4 BFH v. 7.10.1998 – II R 52/96, ZEV 1999, 34 mit Anm. *Daragan*, ZEV 1999, 35 f. Zur „Geltendmachung" i.S.d. ErbStG, die keine Bezifferung voraussetzt: BFH v. 19.7.2006 – II R 1/05, NJW 2006, 3455; *Meincke*, ZErb 2004, 1; *Wälzholz*, ZEV 2007, 162 ff.
5 § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG; Überblick bei *Crezelius*, ZErb 2002, 142 (146).
6 FG Berlin-Brandenburg v. 25.6.2008 – 3 K 1012/06, ErbBstg 2009, 5.
7 BFH v. 10.7.2002 – II R 11/01, DStR 2002, 1527.
8 FG München v. 24.8.2005 – 4 K 4361/03, ZErb 2005, 430.

Die Miterben haben den Pflichtteilsanspruch untereinander grundsätzlich im Verhältnis ihrer **Erbquoten** zu tragen, §§ 2038 Abs. 2, 748, 2046 Abs. 1 BGB[1]. Das gilt auch für ein Vermächtnis nach § 2148 BGB. **§ 2320 BGB** macht hiervon eine Ausnahme. Wer anstelle des Pflichtteilsberechtigten Erbe wird, soll im **Innenverhältnis** die Pflichtteilslast bis zur Höhe des erlangten Vorteils tragen. Die „Vorteilsausgleichung"[2] in § 2320 BGB ist durch den Erblasser nach **§ 2324 BGB abdingbar** und gilt nicht im Außenverhältnis gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten[3]. Fernwirkung auf die interne Pflichtteilslast hat im Einzelfall auch § 2319 Satz 1 BGB, s. Rz. 256. 286

Bei **gesetzlicher Erbfolge** gilt § 2320 Abs. 1 BGB. Erforderlich ist, dass ein Pflichtteilsberechtigter durch Enterbung nach § 1938 BGB, eine Pflichtteilsstrafklausel, Ausschlagung nach § 2306 Abs. 1 BGB oder Erbverzicht unter Pflichtteilsvorbehalt „wegfällt". Der an seiner Stelle Begünstigte muss gesetzlicher Miterbe werden oder einen höheren gesetzlichen Erbteil über Anwachsung oder Ersatzberufung erhalten haben, §§ 1935, 2094 bzw. 2096 BGB[4]. Der Begünstigte hat dann die Pflichtteilslast in Höhe seines erlangten Vorteils zu tragen. Dies ist der Wert des gewonnenen bzw. erhöhten Erbteils zum Zeitpunkt des Erbfalls[5]. Der Vorteil wird gemindert, wenn der Begünstigte Beschränkungen und Beschwerungen übernehmen muss[6]. 287

Bei einem Vermächtnis nach § 2307 BGB ist zu unterscheiden:

- Der Begünstigte hat die **Vermächtnislast** in Höhe des erlangten Vorteils zu tragen, wenn der Pflichtteilsberechtigte nach § 2307 BGB ein Vermächtnis annimmt, § 2320 Abs. 1 BGB. Das gilt auch für den Pflichtteilsrestanspruch nach § 2307 Abs. 1 Satz 2 BGB und für den Fall, dass das Vermächtnis größer ist als der Pflichtteil[7].
- Schlägt der Pflichtteilsberechtigte das Vermächtnis aus, gilt nicht § 2320 BGB, sondern der auf dem gleichen Gedanken beruhende **§ 2321 BGB**[8], sofern der Erblasser nichts anderes bestimmt hat, § 2324 BGB.

Bei **gewillkürter Erbfolge** gilt diese Innenhaftung nur im Zweifel. § 2320 Abs. 2 BGB ist eine Auslegungsregel[9]. Sie greift, wenn der Erblasser den Pflichtteilsberechtigten ersetzt hat, indem er dessen gesetzlichen (nicht ge- 288

1 Der Wert der Erbteile ist unerheblich. Der Miterbe, der bei der Ausgleichung aus dem Nachlass nichts mehr erhält, sollte die Erbschaft ausschlagen.
2 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 2 Rz. 149.
3 MüKo/*Lange*, § 2320 BGB Rz. 1; Staudinger/*Haas*, § 2320 BGB Rz. 1.
4 Palandt/*Edenhofer*, § 2320 BGB Rz. 2.
5 BGH v. 9.3.1983 – IVa ZR 211/81, NJW 1983, 2378; Staudinger/*Haas*, § 2320 BGB Rz. 15.
6 MüKo/*Lange*, § 2320 BGB Rz. 67; einschränkend Staudinger/*Haas*, § 2320 BGB Rz. 15.
7 Staudinger/*Haas*, § 2320 BGB Rz. 9; MüKo/*Lange*, § 2320 BGB Rz. 8.
8 MüKo/*Lange*, § 2321 BGB Rz. 1; Staudinger/*Haas*, § 2321 BGB Rz. 1; Gutachten DNotI-Report 1996, 181 (182); Beispiel bei *Kornexl*, Nachlassplanung bei Problemkindern, 2006, Rz. 590.
9 Palandt/*Edenhofer*, § 2320 BGB Rz. 3.

willkürten) Erbteil einem Dritten zuwandte[1]. Hierfür reicht aus, dass in Höhe des gesetzlichen Erbteils des Pflichtteilsberechtigten ein anderer als Erbe bedacht wird[2].

Beispiel:

Ein nach § 2309 BGB ausgeschlossener pflichtteilsberechtigter Enkel erhält den Erbteil seines vorrangigen pflichtteilsberechtigten Elternteils. In Testamenten finden sich selten Regelungen über die Pflichtteilslast, was in der Praxis immer wieder für Streit sorgt[3]. Bei der **Testamentsgestaltung** ist es ratsam, die Pflichtteilslast unter mehreren Erben ausdrücklich zu bestimmen.

289 Ein Miterbe hat Rückgriffsansprüche gegen seine Miterben aus §§ 2058, 426 BGB, wenn er den Pflichtteilsanspruch zahlt, obwohl er im Innenverhältnis nur anteilig haftet. Zu prozessualen Mitteln gegen Miterben siehe Damrau[4].

Zur **Beratungssituation**: Im Außenverhältnis haften alle Erben für den Pflichtteilsanspruch der enterbten Mandantin. Für das Innenverhältnis gilt § 2320 Abs. 2 BGB. Die beiden Kinder der Mandantin haben im Innenverhältnis die Pflichtteilslast alleine zu tragen. Sie sind Begünstigte, § 2309 BGB, und haben einen Vorteil erlangt von je 85 000 Euro (340 000 Euro × Erbquote ¼). Sie haben den Pflichtteilsanspruch ihrer Mutter von 85 000 Euro (340 000 Euro × ¼) anteilig zu tragen. Dies ist billig, da eine Doppelbegünstigung eines Stamms der Erblasserin vermieden wird.

4. Haftung für Vermächtnisse und Auflagen im Außenverhältnis

a) Befreiung, § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. für Erbfälle bis 31.12.2009

290 Der pflichtteilsberechtigte Erbe, dessen Erbteil nicht sein Pflichtteil übersteigt, wird von Vermächtnissen oder Auflagen befreit, § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. Das gilt aber nur noch für Erbfälle bis 31.12.2009. Ab 1.1.2010 entfällt dieser Schutz. Danach muss der Pflichtteilsberechtigte gemäß § 2306 Abs. 1 BGB seinen mit einem Vermächtnis beschwerten Erbteil stets ausschlagen, um sich von der Vermächtnislast zu befreien. Das ist für ihn der einzige Nachteil der Änderung in § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB, s. Rz. 160.

b) Kürzungsrechte, § 2318 BGB

291 **§ 2318 Abs. 1 BGB**[5] berechtigt den Mit- oder Alleinerben[6], ein Vermächtnis verhältnismäßig zu kürzen, um den Vermächtnisnehmer an seiner Pflichtteilslast zu beteiligen. Darüber hat der Anwalt aufzuklären, sobald die Höhe

1 BGH v. 9.3.1983 – IVa ZR 211/81, NJW 1983, 2378; Staudinger/*Haas*, § 2320 BGB Rz. 11 ff.
2 BGH v. 9.3.1983 – IVa ZR 211/81, NJW 1983, 2378; *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 89.
3 Beispielsfall Gutachten DNotI-Report 1996, 181 (182).
4 *Damrau*, ZErb 2009, 145 ff.
5 Hierzu *Schlitt*, ZEV 1998, 91 f.; *Tanck*, ZEV 1998, 132 f.
6 BGH v. 10.7.1985 – IVa ZR 151/83, NJW 1985, 2828.

des Pflichtteils feststeht[1]. Normzweck: Die Erben erhalten einen Ausgleich dafür, dass vom Erblasser verfügte Vermächtnisse oder Auflagen bei der Pflichtteilsberechnung nicht als Nachlassverbindlichkeiten abgezogen werden dürfen[2]. Das dispositive Kürzungsrecht greift, wenn der Erbe mit dem Vermächtnis beschwert und er die Pflichtteillast *rechtlich* zu tragen hat. Streitig ist, ob der Erbe mit dem Pflichtteil auch *wirtschaftlich* belastet sein muss[3]. Die h.M. verlangt jedenfalls, dass der Pflichtteil geltend gemacht wird[4]. Die Verjährung des Pflichtteils soll das Kürzungsrecht nach einer Ansicht ausschließen[5]. Das Kürzungsrecht entfällt nach h.M. aber nicht, wenn der geltend gemachte Pflichtteil später zugunsten des Erben erlassen wird[6]. **Stellungnahme**: Nach Zweck der Norm ist es unerheblich, ob der Pflichtteil geltend gemacht, verjährt ist oder später erlassen wird[7]. Dies vereinfacht die praktische Handhabung und gewährleistet Rechtssicherheit. Rechtsfolge: Das Vermächtnis ist um den Prozentsatz zu kürzen, mit dem der Pflichtteilsberechtigte am Nachlass beteiligt ist. § 2318 BGB gilt auch für Pflichtteilsergänzungsansprüche[8]. **Berechnung:**

1. Kürzungsbetrag[9] = $\frac{\text{Wert des Pflichtteils} \times \text{Vermächtniswert}}{\text{Wert des Gesamtnachlasses (ohne Abzug des Vermächtnisses)}}$

2. Einfache Berechnungsweise[10], sofern keine Anrechnungs- oder Ausgleichungspflichten den Pflichtteilswert beeinflussen:
   Kürzungsbetrag = Prozentsatz, der der Pflichtteilsquote des Pflichtteilsberechtigten entspricht

Beispiel[11]

Nachlasswert 30000 Euro. Der einzige Abkömmling des Erblassers wurde enterbt, Pflichtteilsquote ½ = 15000 Euro. Der Alleinerbe hat ein Vermächtnis von 10000 Euro zu zahlen.

---

1 LG Düsseldorf v. 9.1.2008 – 11 O 290/07, NJW-RR 2008, 678.
2 Staudinger/*Haas*, § 2318 BGB Rz. 6; Palandt/*Edenhofer*, § 2318 BGB Rz. 1.
3 So MüKo/*Lange*, § 2318 BGB Rz. 5; OLG Zweibrücken v. 3.8.2006 – 4 U 114/05, ZEV 2007, 97; LG München II v. 31.5.88 – 2 S 2316/87, NJW-RR 1989, 8; *Klingelhöffer*, Rz. 102; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 2 Rz. 157.
4 LG München II v. 31.5.88 – 2 S 2316/87, NJW-RR 1989, 8; OLG Frankfurt v. 26.7.1990 – 12 U 188/89, FamRZ 1991, 238; *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 83; MüKo/*Lange*, § 2318 BGB Rz. 5; a.A. zu Recht Staudinger/*Haas*, § 2318 BGB Rz. 6.
5 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 2 Rz. 157; OLG Koblenz v. 18.6.1982 – 5 U 1/82 (unveröffentlicht), zitiert in Staudinger/*Haas*, § 2318 BGB Rz. 6.
6 LG München II v. 31.5.88 – 2 S 2316/87, NJW-RR 1989, 8; Staudinger/*Haas*, § 2318 BGB Rz. 6; Palandt/*Edenhofer*, § 2318 BGB Rz. 1; MüKo/*Lange*, § 2318 BGB Rz. 3; Soergel/*Dieckmann*, § 2318 BGB Rz. 18; a.A. *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 2 Rz. 157 (keine wirtschaftliche Belastung).
7 Staudinger/*Haas*, § 2318 BGB Rz. 6.
8 Staudinger/*Olshausen*, Vorbem zu §§ 2325 BGB Rz. 16.
9 *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 83; Staudinger/*Haas*, § 2318 BGB Rz. 12; Soergel/*Dieckmann*, § 2318 BGB Rz. 3.
10 Palandt/*Edenhofer*, § 2318 BGB Rz. 2; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 2 Rz. 159; Soergel/*Dieckmann*, § 2318 BGB Rz. 4.
11 Staudinger/*Haas*, § 2318 BGB Rz. 13.

Weg 1: Kürzungsrecht = 15 000 Euro × 10 000 Euro (Vermächtnis): 30 000 Euro = 5000 Euro.

Weg 2: Kürzungsrecht = Pflichtteilsquote ½ × 10 000 Euro (Vermächtnis) = 5000 Euro.

Vermächtnisanspruch = 5000 Euro.

292 Dem Erben steht eine zerstörende **Einrede** gegen den Vermächtnisanspruch in Höhe des Kürzungsbetrags zu[1]. Ist ein **Sachvermächtnis** geschuldet, kann der Erbe im Gegenzug den Kürzungsbetrag verlangen[2]. Lehnt der Vermächtnisnehmer ab, darf der Erbe den Wert des Vermächtnisses unter Abzug des Kürzungsbetrags auszahlen[3]. Ist der Erbe mit mehreren Vermächtnissen belastet, kann er bei jedem Begünstigten das Recht zur verhältnismäßigen Kürzung geltend machen[4]. Die Grundsätze gelten für die **Auflage** analog, § 2318 Abs. 1 Satz 2 BGB.

➲ **Beratungshinweis:** Im Pflichtteilsprozess sollte dem Vermächtnisnehmer der Streit verkündet werden[5]. Andernfalls wirkt ein zwischem dem Erben und dem Pflichtteilsberechtigten ergangenes Urteil nicht gegenüber einem Vermächtnisnehmer. Unabhängig von § 2318 BGB ist die Verteidigung zu prüfen, ob eine frühere Zahlung – z.B. ein Pflichtteil – auf ein Vermächtnis anzurechen ist[6].

293 Das Kürzungsrecht aus § 2318 Abs. 1 BGB wird durch § 2318 Abs. 2 BGB für den **pflichtteilsberechtigten Vermächtnisnehmer**[7] eingeschränkt. Nur soweit das Vermächtnis den Pflichtteil des Vermächtnisnehmers übersteigt, kann es gekürzt werden. Der Pflichtteil ist die Kürzungsgrenze[8]. Beim Vermächtniswert sind Belastungen nach § 2307 Abs. 1 Satz 2 BGB nach zutreffender Meinung nicht zu berücksichtigen[9]. § 2318 Abs. 2 BGB ist zwingend, § 2324 BGB greift nicht[10].

294 § 2318 Abs. 3 BGB **erweitert** das Kürzungsrecht für den **pflichtteilsberechtigten** Allein- oder Miterben[11], der mit Pflichtteilen *Dritter* belastet ist. § 2318 Abs. 3 BGB ist für Erbfälle bis 31.12.2009 nur im Rahmen von § 2306 Abs. 1

1 Staudinger/*Haas*, § 2318 BGB Rz. 7; MüKo/*Lange*, § 2318 BGB Rz. 2.
2 OLG Zweibrücken v. 3.8.2006 – 4 U 114/05, ZEV 2007, 97 (Nießbrauchsvermächtnis).
3 Soergel/*Dieckmann*, § 2318 BGB Rz. 5; Staudinger/*Haas*, § 2318 BGB Rz. 7.
4 Staudinger/*Haas*, § 2318 BGB Rz. 14; Palandt/*Edenhofer*, § 2318 BGB Rz. 1.
5 Soergel/*Dieckmann*, § 2318 BGB Rz. 6; Staudinger/*Haas*, § 2318 BGB Rz. 15.
6 BGH v. 26.9.2001 – IV ZR 298/98, ZEV 2002, 20.
7 Nicht den Auflagenbegünstigten, *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 2 Rz. 162; Staudinger/*Haas*, § 2318 BGB Rz. 17.
8 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 2 Rz. 162.
9 MüKo/*Lange*, § 2318 BGB Rz. 7; Soergel/*Dieckmann*, § 2318 BGB Rz. 12; Staudinger/*Haas*, § 2318 BGB Rz. 18; a.A. *Schlitt*, ZEV 1998, 91 (92); Palandt/*Edenhofer*, § 2318 BGB Rz. 3.
10 Staudinger/*Haas*, § 2318 BGB Rz. 17; MüKo/*Lange*, § 2318 BGB Rz. 7.
11 Aber nicht derjenige Miterbe, der auf die Einrede nach § 2319 BGB im Außenverhältnis verzichtet hat, Staudinger/*Haas*, § 2318 BGB Rz. 24.

Satz 2 BGB a.F. anwendbar[1]. *Nach der Reform des Erb- und Verjährungsrechts ist die Norm anwendbar, wenn keine Ausschlagung erfolgt ist, s. Rz. 160.*
Haftungsfalle: Das erweiterte Kürzungsrecht dient nicht dazu – der Wortlaut ist missverständlich –, die Vermächtnisse und Auflagen abzuwehren. Zur Sicherung seines vollen Pflichtteils hätte der pflichtteilsberechtigte Erbe nach § 2306 Abs. 1 BGB ausschlagen müssen. Hat er dies nicht getan, dann muss er die ihn beschwerenden Vermächtnisse und Auflagen grundsätzlich auch auf Kosten seines eigenen Pflichtteils voll tragen[2]. Das Kürzungsrecht nach § 2318 Abs. 3 BGB will nur zusätzliche Belastungen infolge Pflichtteile Dritter abfedern[3]. § 2318 Abs. 3 BGB berechtigt den Erben zur Kürzung von Vermächtnissen und Auflagen nur um den Betrag, um den die Pflichtteilslast für einen Dritten seinen eigenen Pflichtteil zusätzlich beeinträchtigen würde[4]. § 2318 Abs. 3 BGB ist nach h.M. zwingend[5] und gilt auch gegen den pflichtteilsberechtigten Vermächtnisnehmer nach § 2318 Abs. 2 BGB[6].

Berechnungsschema:

Schritt 1: Kürzung gemäß § 2318 Abs. 1 BGB

$$\text{Kürzungsbetrag 1} = \frac{\text{Pflichtteil} \times \text{Vermächtnis}}{\text{Gesamtnachlass (ohne Abzug Vermächtnis/Auflage)}}$$

Schritt 2: Erweiterte Kürzung gemäß § 2318 Abs. 3 BGB
Kürzungsbetrag 2 = Differenz zwischen ungekürztem Wert des Erbes minus ungekürztem Vermächtnis (Auflage) einerseits und ungekürztem Wert des Erbes minus gekürztem Vermächtnis (Auflage) nach § 2318 Abs. 1 BGB minus Pflichtteilslast andererseits

Schritt 3: Gesamtkürzungsrecht
= Kürzungsbetrag 1 + Kürzungsbetrag 2

Beispiel[7]

Nachlasswert = 32 000 Euro. Die Witwe wurde enterbt, Pflichtteilsquote 1/8 = 4000 Euro. Alleinerbe ist der einzige Abkömmling, Pflichtteilsquote 3/8 = 12 000 Euro. Er hat Vermächtnisse zu zahlen von 24 000 Euro.

Schritt 1: Kürzungsrecht § 2318 Abs. 1 BGB
4000 Euro (Pflichtteil) × 24 000 Euro (Vermächtnisse): 32 000 Euro (ungekürzter Nachlass) = 3000 Euro.

1 Nach § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. entfällt die Vermächtnislast ipso iure, MüKo/*Lange*, § 2318 BGB Rz. 11; Staudinger/*Haas*, § 2318 BGB Rz. 23.
2 BGH v. 10.7.1985 – IVa ZR 151/83, NJW 1985, 2828; *Schindler*, ZEV 2008, 243; *Bartsch*, ZErb 2009, 71 (72).
3 *Bartsch*, ZErb 2009, 71 (72); MüKo/*Lange*, § 2318 Rz. 11; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 2 Rz. 166; Staudinger/*Haas*, § 2318 BGB Rz. 25.
4 BGH v. 10.7.1985 – IVa ZR 151/83, NJW 1985, 2828; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 2 Rz. 162.
5 MüKo/*Lange*, § 2318 BGB Rz. 12; Staudinger/*Haas*, § 2318 BGB Rz. 28; Palandt/*Edenhofer*, § 2318 BGB Rz. 4.
6 Staudinger/*Haas*, § 2318 BGB Rz. 27; Soergel/*Dieckmann*, § 2318 BGB Rz. 17; Palandt/*Edenhofer*, § 2318 BGB Rz. 3.
7 Weitere Beispiele: Staudinger/*Haas*, § 2318 BGB Rz. 26; *Tanck*, ZEV 1998, 130 (133).

Schritt 2: Erweitertes Kürzungsrecht § 2318 Abs. 3 BGB
[32 000 Euro (ungekürztes Erbe) minus 24 000 Euro (ungekürzte Vermächtnisse)] = 8000 Euro minus 7000 Euro [32 000 Euro (ungekürztes Erbe) minus 21 000 Euro (gekürzte Vermächtnisse, § 2318 Abs. 1 BGB) – 4000 Euro (Pflichtteil Witwe)] = 1000 Euro

Schritt 3: Kürzungsbetrag Schritt 1 (3000 Euro) + Kürzungsbetrag Schritt 2 (1000 Euro) = 4000 Euro

295 Der Erbe hat gegen den Vermächtnisnehmer einen **Rückforderungsanspruch** in Höhe des Kürzungsbetrags, wenn er die Kürzung versehentlich nicht berücksichtigt hat, §§ 813 Abs. 1 Satz 1, 2318 BGB[1].

c) Ausschluss und Modifizierung von § 2318 BGB

296 Der Erbe hat **kein** Kürzungsrecht aus § 2318 Abs. 1 und Abs. 3[2] BGB, soweit er die Pflichtteilslast nach §§ 2320 bis 2322 BGB nicht tragen muss, **§ 2323 BGB**.

297 **§ 2322 BGB** beschränkt das Kürzungsrecht des Begünstigten nach § 2318 Abs. 1 BGB. **Beispiel**: Ein pflichtteilsberechtigter Erbe schlägt nach **§ 2306 Abs. 1 BGB** aus. Der an seine Stelle Eintretende darf dann ein Vermächtnis nur soweit kürzen, dass er den Pflichtteil des Weggefallenen begleichen kann[3], s. auch Rz. 166.

➲ **Beratungshinweis:** § 2322 BGB ist stets vor § 2318 Abs. 1 BGB zu prüfen.

298 Der **Erblasser** kann das Kürzungsrecht aus § 2318 Abs. 1[4] (nicht aus Abs. 3[5]) BGB abbedingen, **§ 2324 BGB**.

➲ **Beratungshinweis:** Bei der **Testamentsgestaltung** ist zu klären, ob der Erblasser dem Erben die Pflichtteilslast alleine auferlegen oder ob er den Vermächtnisnehmer anteilig belasten will.

IX. Vermeidung und Beschränkung von Pflichtteilsansprüchen

1. Pflichtteilsentziehung und Unwürdigkeit

a) Übersicht

299 *Das Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts*[6] *hat die Pflichtteilsentziehungsgründe für Erbfälle ab 1.1.2010 reformiert. Die neuen Entzie-*

1 Soergel/*Dieckmann*, § 2318 BGB Rz. 18; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 2 Rz. 154; Staudinger/*Haas*, § 2318 BGB Rz. 1.
2 Staudinger/*Haas*, § 2323 BGB Rz. 3.
3 BGH v. 9.3.1983 – IVa ZR 211/81, NJW 1983, 2378.
4 MüKo/*Lange*, § 2324 BGB Rz. 1.
5 MüKo/*Lange*, § 2324 BGB Rz. 2.
6 BGBl. ■.

hungsgründe in § 2333 BGB gelten einheitlich für alle Pflichtteilsberechtigten. Die bisherigen §§ 2334, 2335 BGB a.F. werden aufgehoben[1]*. Das gilt auch für den als nicht mehr zeitgemäß kritisierten Pflichtteilsentziehungsgrund in § 2333 Nr. 5 BGB a.F.*[2] *(ehrloser oder unsittlicher Lebenswandel) und der entsprechenden Sonderregel in § 2336 Abs. 4 BGB a.F. Als Ersatz wird ein neuer Pflichtteilsentziehungsgrund bei rechtskräftiger Verurteilung oder Unterbringung des Pflichtteilsberechtigten bei vorsätzlichen Straftaten eingeführt. Die Entziehungsgründe ahnden künftig auch Fehlverhalten des Pflichtteilsberechtigten gegen Personen, die dem Erblasser vergleichbar einem Kind oder Ehegatten nahe stehen. Die hohen formellen Anforderungen in § 2336 BGB und die Verzeihung in § 2337 BGB bleiben unverändert. Daher wird eine begründete Pflichtteilsentziehung auch in Erbfällen ab 1.1.2010 die Ausnahme bleiben. Für Erbfälle bis 31.12.2009 verbleibt es bei der alten Rechtslage. Es gibt keine Übergangsregelung, Art. 229 § 21 Abs. 4 EGBGB. Zur Synopse s. Rz. 2a.*

Der Pflichtteilsberechtigte verliert sein Pflichtteilsrecht ohne sein Einverständnis nur, wenn ihm der Pflichtteil entzogen oder er dessen unwürdig ist. Die Pflichtteilsentziehung beruht nach herkömmlicher Auffassung auf einem „Verwirkungs- und Strafgedanken“[3]. Die Tatbestände sind abschließend, nicht ausdehnungs- und analogiefähig[4]. Der **BGH** beruft sich hierfür auf den verfassungsrechtlichen Schutz des Pflichtteilsrechts[5]. Er verlangt über den Wortlaut hinaus, dass der Pflichtteilsberechtigte rechtswidrig, schuldhaft und zurechnungsfähig gehandelt hat[6] und sein Ausschluss im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgebots angemessen ist[7]. Das **BVerfG**[8] hat 2005 grundlegend entschieden, dass

- §§ 2333 Nr. 1 und 2 a.F., 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB mit dem Grundgesetz vereinbar sind.
- es dem Erblasser bei einem gegen ihn gerichteten *„besonders schwerwiegendem Fehlverhalten des Kindes“* schlechthin unzumutbar sein kann, eine Nachlassteilhabe des Kinds hinnehmen zu müssen. Hierfür hat der Ge-

1 BT-Drs. 16/8954 v. 24.4.2008, S. 25 zu Nr. 29 (§§ 2334, 2335 BGB).
2 BT-Drs. 16/8954 v. 24.4.2008, S. 22 zu Nr. 28 (§ 2333 BGB).
3 Staudinger/*Olshausen*, Vorbem zu §§ 2333–2337 BGB Rz. 3 f.; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 10 Rz. 10; gegen einen Strafgedanken jüngst *Lange*, ZErb 2008, 59 (60), ZErb 2005, 205 (208) und MüKo/*Lange*, Ergänzungsband 4. Auflage, § 2333 BGB Rz. 3; *Kleensang*, ZEV 2005, 277 (282); *Schöpflin*, FamRZ 2005, 2025 (2029).
4 BGH v. 1.3.1974 – IV ZR 58/72, NJW 1974, 1084.
5 BGH v. 6.12.1989 – IVa ZR 249/88, NJW 1990, 911; zur verfassungsrechtlichen Problematik der Entziehungsgründe vor der Entscheidung des BVferG am 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00, NJW 2005, 1561: *Haas*, ZEV 2000, 249 (258); *Leisner*, NJW 2001, 126 f.
6 BGH v. 25.11.1987 – IVa ZR 160/86, NJW 1988, 823; skeptisch *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 10 Rz. 13.
7 BGH v. 6.12.1989 – IVa ZR 249/88, NJW 1990, 911.
8 BVerfG v. 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00, NJW 2005, 1561 mit Anm. *Schöpflin*, FamRZ 2005, 2025 ff.; *J. Mayer*, FamRZ 2005, 1441 (1443); *Gaier*, ZEV 2006, 2 (6 f.); *Lange*, ZErb 2005, 205 ff.; *Kleensang*, DNotZ 2005, 509 ff.

setzgeber zur Wahrung der Testierfreiheit des Erblassers von Verfassungs wegen Regelungen zu treffen. Den Vorschriften über die Pflichtteilsentziehung kommt daher die Aufgabe zu, die kollidierenden Grundrechtspositionen zu einem schonenden Ausgleich zu bringen[1].

– die zivilgerichtliche Auslegung zu billigen ist, wonach § 2333 Nr. 1 BGB a.F. grundsätzlich ein schuldhaftes Fehlverhalten des Kindes voraussetzt. Im Einzelfall ist es aber ausreichend, dass das Kind den objektiven Unrechtstatbestand wissentlich und willentlich verwirklicht, sog. natürlicher Vorsatz. Dann steht die strafrechtliche Schuldunfähigkeit der Pflichtteilsentziehung nicht entgegen.

Verfassungsrechtlich unbedenklich ist ferner, dass keine Pflichtteilsentziehung zulasten eines behinderten Pflichtteilsberechtigten möglich ist, um ein zum Nachlass gehörendes Unternehmen zu schützen[2].

300 Die **Pflichtteilsentziehung** ist eine höchstpersönliche Gestaltungserklärung des Erblassers durch Verfügung von Todes wegen, §§ 2333 ff. BGB. Der Erblasser kann den Pflichtteil bei Vorliegen der Voraussetzungen ganz oder teilweise entziehen bzw. nach seinem Gutdünken abändern[3]. Eine begründete Entziehung kann befristet oder von einer Bedingung abhängig gemacht werden[4]. Auch eine Verdachtsentziehung ist wirksam, wenn der Entziehungstatbestand bereits tatsächlich verwirklicht worden ist[5]. Eine Entziehung für künftige Fälle ist ausgeschlossen[6]. Die Entziehung wirkt erst im Zeitpunkt des Erbfalls. Sie erlangt nur Bedeutung, wenn der Betroffene nicht Erbe wird.

➲ **Beratungshinweis**: Eine Pflichtteilsentziehung ist stets mit einer Erbeinsetzung anderer, nahe stehender Personen abzusichern.

301 In der Entziehung liegt im Zweifel eine **Enterbung** nach § 1938 BGB[7]. Das gilt nach § 2085 BGB[8] auch, wenn die Entziehung unwirksam ist. Dann kann es dem Betroffenen nur im Ausnahmefall über Anfechtung nach § 2078 Abs. 2 BGB gelingen, sein Erbe zu retten[9]. Die Entziehung umfasst alle Pflichtteilsansprüche[10]. Der Erblasser ist auch zum Rücktritt vom Erbvertrag und zur Aufhebung wechselbezüglicher Verfügungen berechtigt, §§ 2294, 2271 Abs. 2 BGB[11]. Die wirksame Pflichtteilsentziehung führt nicht zur Erhöhung der

1 *J. Mayer*, FamRZ 2005, 1441 (1443); *Gaier*, ZEV 2006, 2 (6).
2 OLG München v. 25.10.2001 – 19 U 2447/01, ZEV 2003, 367.
3 *Griesel*, Erbfolgebesteuerung 2005, 52 (55). Die Gestaltungsmöglichkeiten beim Pflichtteilsverzicht gelten analog.
4 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 10 Rz. 34.
5 Staudinger/*Olshausen*, § 2336 BGB Rz. 9.
6 MüKo/*Lange*, § 2336 BGB Rz. 5.
7 BayObLG v. 18.1.2000 – 1 Z BR 133/99, ZEV 2000, 280.
8 OLG Hamm v. 28.7.1972 – 15 W 101/72, NJW 1972, 2132; Staudinger/*Olshausen*, Vorbem zu §§ 2333–2337 BGB Rz. 38.
9 Staudinger/*Olshausen*, Vorbem zu §§ 2333–2337 BGB Rz. 38.
10 Palandt/*Edenhofer*, § 2336 BGB Rz. 6.
11 Palandt/*Edenhofer*, § 2336 BGB Rz. 6.

Pflichtteilsquote anderer, § 2310 Satz 1 BGB. Aber **Achtung**: Die Entziehung des Pflichtteils hat nach überwiegender Ansicht keine Wirkung für die Abkömmlinge des Betroffenen, die nach § 2309 BGB an seine Stelle treten[1]. Auch die wirksame Pflichtteilsentziehung führt danach nicht ohne Weiteres zu einer wirtschaftlichen Entlastung des Erben (**Haftungsfalle**).

302 Die **Pflichtteilsunwürdigkeit** nach § 2345 Abs. 2 BGB, die Handlungen gegen die Testierfreiheit des Erblassers sanktioniert, hat wenig praktische Bedeutung. Sie wirkt, wenn der Anfechtungsberechtigte den Anspruch des Unwürdigen formlos anficht, §§ 2345 Abs. 1, 2, 143 Abs. 1, 4 Satz 1, 2341 BGB. Das Pflichtteilsrecht des Betroffenen entfällt ex tunc, § 142 Abs. 1 BGB. Die in § 2309 BGB genannten Pflichtteilsberechtigten können den Pflichtteil dann geltend machen[2]. Die Anfechtungsfrist gemäß § 2082 BGB ist zu wahren[3]. Nach Fristablauf bleibt die Einrede aber erhalten, § 2345 Abs. 1, 2083 BGB. Macht der Erbe erst nach Ablauf der Anfechtungsfrist die Unwürdigkeit einredeweise geltend, erlischt dadurch der Pflichtteil nicht[4]. Der in § 2309 BGB genannte Pflichtteilsberechtigte muss daher die Anfechtung selbst fristgemäß erklären, um seine Ansprüche zu wahren[5]. Hat der Erbe den Anspruch schon erfüllt, steht ihm gegen den Unwürdigen ein Anspruch aus §§ 812, 818, 819, 142 Abs. 2 BGB zu[6].

303 Die begründete **Pflichtteilsentziehung** wird **nachträglich unwirksam** durch Änderung der Umstände nach § 2336 Abs. 4 BGB a.F. (aufgehoben für Erbfälle ab 1.1.2010 wegen Wegfalls des Entziehungsgrunds in § 2333 Nr. 5 BGB a.F.), Widerruf der Entziehungsverfügung (§§ 2253 ff. BGB) und **Verzeihung**, § 2337 BGB. Das verziehene Verhalten kann nicht Grundlage für eine neue Pflichtteilsentziehung sein[7]. Eine in der Entziehung liegende Enterbung bleibt aber im Zweifel nach § 2085 BGB bestehen und kann nur durch eine neue letztwillige Verfügung des Erblassers beseitigt werden. Unterbleibt diese, verbleibt dem Pflichtteilsberechtigten nur die selten erfolgreiche Anfechtung nach § 2078 Abs. 2 BGB[8]. **Verzeihung** ist – auch nach der Reform für Erbfälle ab 1.1.2010 – anzunehmen, wenn der Erblasser die Kränkung infolge des in Rede

1 MüKo/*Lange*, § 2309 BGB Rz. 12 und § 2333 BGB Rz. 17; Soergel/*Dieckmann*, vor § 2333 BGB Rz. 8; Staudinger/*Olshausen*, Vorbem zu §§ 2333–2337 BGB Rz. 28; *Lange/Kuchinke*, § 37 XIII 4.; *Muscheler*, ZEV 2009, 101(106: ebenso bei Erbunwürdigkeit); a.A. Staudinger/*Haas*, § 2309 BGB Rz. 31; s. auch Rz. 10 (§ 2309 BGB) zur Vorversterbensfiktion eines Enterbten.

2 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 10 Rz. 8; Palandt/*Edenhofer*, § 2345 BGB Rz. 3; *Redig*, EE, 2008, 13 (14); s. auch Rz. 10 (§ 2309 BGB).

3 OLG Düsseldorf v. 10.12.1999 – 7 U 114/99, FamRZ 2000, 991.

4 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 10 Rz. 8; MüKo/*Lange*, § 2335 BGB Rz. 8.

5 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 10 Rz. 8.

6 MüKo/*Lange*, § 2345 BGB Rz. 9.

7 OLG Köln v. 5.6.1997 – 1 U 111/96, ZEV 1998, 144.

8 *Klinger*, NJW-Spezial 2007, 503.

stehenden Verhaltens nicht mehr empfindet[1]. Maßgeblich ist also der Wegfall der Kränkungsempfindung. Als „vergessen"[2] muss das Verhalten nicht gelten. Versöhnung ist nicht erforderlich[3], ebenso wenig die Wiederherstellung eines innigen Eltern-Kind-Verhältnisses[4]. Andererseits genügt es nicht, wenn der Erblasser des Familienfriedens wegen gelegentliche persönliche Kontakte duldet oder beansprucht[5]. Stets setzt die Verzeihung die Kenntnis der Verfehlung voraus[6]. Nicht ausreichend ist, wenn sich der Gekränkte vom Kränkenden innerlich völlig gelöst hat und Gleichgültigkeit eingetreten ist[7]. Eine extensive Auslegung des Verzeihungswillens ist nicht angebracht. Es stellt sich immer die Frage, warum der Erblasser nicht die belastende letztwillige Verfügung vernichtet oder abgeändert hat, wenn er angeblich verzeihen wollte[8]. Die Verzeihung bedarf keiner rechtsgeschäftlichen Erklärung[9] und ist unwiderruflich[10]. Sie kann formlos und konkludent erfolgen[11]. Geschäftsfähigkeit ist nicht erforderlich[12], auch nicht Kenntnis über die Rechtsfolgen der Verzeihung[13]. **Beispiele:** Erblasser nimmt Kredit über 80 000 DM auf, um dem Pflichtteilsberechtigten trotz dessen wirtschaftlich desolater Lage den Hausumbau zu ermöglichen[14], versöhnlicher Vergleich zwischen Erblasser und Pflichtteilsberechtigtem[15], nach den Verfehlungen wird der Pflichtteilsberechtigte mit einer Erbschaft, einem Vermächtnis oder dem Pflichtteil bedacht[16], der Betroffene wird später in den elterlichen Betrieb aufgenommen[17].

Beweisbelastet für die Verzeihung ist der Pflichtteilsberechtigte[18]. Diese Grundsätze gelten für die **Pflichtteilsunwürdigkeit** – soweit möglich – entsprechend, § 2343 BGB. Bei einer (möglichen) Verzeihung sollte der Berater empfehlen, dass der Erblasser sein **Testament ändert**, um später Streit über die Auslegung oder Anfechtung zu vermeiden.

---

1 BGH v. 23.5.1984, IVa ZR 229/82, NJW 1984, 2089; OLG Köln v. 4.6.1996 – 22 U 220/95, ZEV 1996, 430 (Verzeihung gegenüber Dritten); OLG Hamm v. 22.2.2007 – 10 U 111/06, FamRZ 2008, 94.
2 BGH v. 23.5.1984, IVa ZR 229/82, NJW 1984, 2089.
3 OLG Köln v. 5.6.1997 – 1 U 111/96, ZEV 1998, 144.
4 *Lange*, ZErb 2008, 59 (62).
5 *Lange*, ZErb 2008, 59 (62); Staudinger/*Olshausen*, § 2337 BGB Rz. 20 ff.
6 MüKo/*Lange*, § 2337 BGB Rz. 3.
7 BGH v. 23.5.1984 – IVa ZR 229/82, NJW 1984, 2089.
8 *Klinger*, NJW-Spezial 2007, 503; restriktiv auch *Lange*, ZErb 2008, 59 (63).
9 BGH v. 1.3.1974 – IV ZR 58/72, NJW 1974, 1084.
10 MüKo/*Lange*, § 2337 BGB Rz. 4; *Klinger*, NJW-Spezial 2007, 503.
11 OLG Hamm v. 22.2.2007 – 10 U 111/06, FamRZ 2008, 94; OLG Köln v. 5.6.1997 – 1 U 111/96, ZEV 1998, 144.
12 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 10 Rz. 46.
13 *Lange*, ZErb 2008, 59 (62).
14 OLG Hamm v. 22.2.2007 – 10 U 111/06, FamRZ 2008, 94.
15 BGH v. 1.3.1974 – IV ZR 58/72, NJW 1974, 1984.
16 OLG Köln v. 5.6.1997 – 1 U 111/96, ZEV 1998, 144.
17 OLG Dresden v. 24.9.1998 – 7 U 1596/98, FamRZ 2000, 856.
18 Staudinger/*Olshausen*, § 2337 BGB Rz. 18.

➲ **Beratungshinweis:** Der Erblasser kann zu **Lebzeiten feststellen** lassen, ob er ein Pflichtteilsentziehungsrecht hat[1] (Klageantrag in Kapitel C XII Rz. 33), der Pflichtteilsberechtigte nach neuer Rechtsprechung ebenfalls[2] (Klageantrag in Kapitel C XII Rz. 35). Dem Erblasser steht zu Lebzeiten das selbstständige **Beweisverfahren** (§§ 485 ff. ZPO) zur Verfügung, um die der Entziehung zugrunde liegenden Geschehnisse zu sichern[3]. Damit nimmt er dem Erben die Beweislast für die Voraussetzungen der Entziehung, § 2336 Abs. 3 BGB[4]. 304

b) Pflichtteilsentziehung, §§ 2333 ff. BGB

Die Pflichtteilsentziehung unterliegt **strengem Formzwang**. Sie kann nur in einer **letztwilligen Verfügung** erfolgen, § 2336 Abs. 1 BGB. Sie muss nicht ausdrücklich erklärt werden. Ausreichend ist, dass sich aus dem Wortlaut eindeutig ergibt, dass der Erblasser den gesetzlichen Erben nicht nur enterben, sondern ihm auch den Pflichtteil entziehen will[5]. Die Wortwahl „Enterbung" spricht dagegen, wenn die Verfügung von einem Rechtskundigen aufgesetzt wurde[6]. Der Begriff „Enterbung" kann ausreichen, wenn konkrete Entziehungsgründe angegeben sind[7]. Pflichtteilsklauseln sprechen gegen eine Pflichtteilsentziehung[8]. 305

Überdies erfordert § 2336 Abs. 2 BGB, dass der **Entziehungsgrund** zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Verfügung bestanden hat **und** in der Verfügung angegeben ist. Falsche, nicht beweisbare oder fehlende Gründe machen die gesamte Pflichtteilsentziehung **unwirksam** und können nicht durch andere, nicht in der letztwilligen Verfügung genannte Gründe ersetzt werden[9]. Die Rechtsprechung ist aus Gründen der Rechtssicherheit und Authentizität des Erblasserwillens sehr streng[10]. Es soll verhindert werden, dass die Erben Gründe nachschieben, die für den Erblasser nicht motivierend waren. In der Verfügung muss ein zutreffender konkreter, unverwechselbarer **Kernsachverhalt** angegeben sein. Das **BVerfG** hat die „Konkretisierungsanforderungen" gebilligt, da sie für den Erblasser „*zumutbar*" und geeignet sind, „*das Pflichtteilsrecht der Kinder zu schützen*"[11]. Die Begründung durch Bezugnahme auf andere, der Testamentsform nicht entsprechende Urkunden ist nicht möglich[12]. 306

1 BGH v. 6.12.1989 – IVa ZR 249/88, NJW 1990, 911; s. Kapitel C XII Rz. 33.
2 BGH v. 10.3.2004 – IV ZR 123/03, NJW 2004, 1874; s. Kapitel C XII Rz. 34.
3 MüKo/*Lange*, § 2333 BGB Rz. 4; Staudinger/*Olshausen*, § 2336 BGB Rz. 20.
4 Hierzu *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 10 Rz. 39.
5 OLG Köln v. 4.6.1996 – 22 U 220/95, ZEV 1996, 430.
6 OLG Düsseldorf v. 28.4.1995 – 7 U 113/94, ZEV 1995, 410.
7 OLG Celle v. 18.10.2001 – 22 W 77/01, ZErb 2002, 111 (LS).
8 OLG Düsseldorf v. 28.4.1995 – 7 U 113/94, ZEV 1995, 410.
9 BGH v. 25.11.1987 – IVa ZR 160/86, NJW 1988, 823.
10 BGH v. 27.2.1985 – IVa ZR 136/83, NJW 1985, 1554; OLG Hamm v. 22.2.2007 – 10 U 111/06, FamRZ 2008, 94; skeptisch *Lange*, ZErb 2008, 59 (61 f.).
11 BVerfG v. 11.5.2005 – 1 BvR 62,00, ZEV 2005, 2691.
12 BGH v. 27.2.1985 – IVa ZR 136/83, NJW 1985, 1554; OLG Frankfurt v. 4.5.2005 – 4 U 208/04, OLGReport 2005, 867.

Unzureichend sind **beispielsweise**: Der Erblasser legt sich nicht auf bestimmte konkrete Vorgänge fest, so dass der Kreis der in Betracht kommenden Vorfälle nicht verlässlich eingegrenzt ist[1], z.B. mit den Formulierungen „da sie mich mehrmals geschlagen und mit Totschlag bedroht hat“[2] oder „mehrfache Konkurse“[3], wiederholt nur den Gesetzeswortlaut[4], verweist auf einen maschinenschriftlich geschriebenen Vermerk („weil er mich mehrere Male vorsätzlich körperlich misshandelt hat“[5] und „weil er mich mit der Faust ins Gesicht geschlagen hat“[6]), nimmt Bezug auf ein ärztliches Attest[7] oder nur auf den Inhalt von Kripoakten bzw. nennt nur Straftatbestände[8].

➲ **Beratungshinweis:**

- Die Entziehungsgründe sind nach Art, Zeit und Ort genau zu beschreiben. Beweismittel sollten angegeben und bereits lebzeitig vom Erblasser gesichert werden. Ohne Beratung können Laien die Anforderungen i.d.R. nicht erfüllen[9]. Teile der Literatur sprechen plakativ von der „*praktischen Wirkungslosigkeit des Entziehungsrechts kraft Richterrechts*“[10].
- Die Reform für Erbfälle ab 1.1.2010 hat die hohen formellen Anforderungen nicht abgesenkt[11]. Für den Pflichtteilsentziehungsgrund nach § 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB ist sogar eine (zu kritisierende) Verschärfung festzustellen[12]. Insoweit müssen gemäß § 2336 Abs. 2 Satz 2 BGB in der letztwilligen Verfügung die Straftat und die Gründe für die Unzumutbarkeit der Nachlassteilhabe des Pflichtteilsberechtigten angegeben sein. Die Anforderung an die Darlegung richtet sich nach dem Einzelfall. Je schwerwiegender die Straftat, desto eher wird sich die Unzumutbarkeit aus ihrer Begehung ergeben. Bei schweren Straftaten – z.B. bei Mord oder sexuellem Missbrauch von Kindern – reicht es i.d.R. aus, wenn der „Erblasser in der letztwilligen Verfügung den Pflichtteil entzieht und dies mit der Begehung der Straftat begrün-

1 BGH v. 27.2.1985 – IVa ZR 136/83, NJW 1985, 1554.
2 OLG Frankfurt v. 4.5.2005 – 4 U 208/04, OLGReport 2005, 867.
3 OLG Hamm v. 22.2.2007 – 10 U 111/06, FamRZ 2008, 94.
4 BGH v. 27.2.1985 – IVa ZR 136/83, NJW 1985, 1554. Das hat auch für § 2333 Nr. 5 BGB zu gelten, MüKo/*Lange*, § 2336 BGB Rz. 7; OLG Hamm v. 22.2.2007 – 10 U 111/06, FamRZ 2008, 94.
5 OLG Köln v. 5.6.1997 – 1 U 111/96, ZEV 1998, 144.
6 OLG Düsseldorf v. 28.4.1995 – 7 U 113/94, ZEV 1995, 410; a.A. *Lange*, ZErb 2008, 59 (62); *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 10 Rz. 36; Staudinger/*Olshausen*, § 2336 BGB Rz. 12 (Stichworte genügen); mustergültige Formulierung s. LG Ravensburg v. 26.10.2007 – 6 O 257/06, ZErb 2008, 120.
7 OLG Frankfurt v. 4.5.2005 – 4 U 208/04, OLGReport 2005, 867.
8 OLG Düsseldorf v. 4.12.1998 – 7 U 144/97, OLGReport 1999, 315.
9 *Lange*, ZErb 2008, 59 (62).
10 Soergel/*Dieckmann*, Vor § 2333 BGB Rz. 2; zustimmend Staudinger/*Olshausen*, Vorbem §§ 2333–2337 BGB Rz. 5; *J. Mayer*, Stellungnahme im Rechtsausschuss v. 6.10.2008 (S. 10) zur BT-Drs. 16/8954 v. 24.4.2008.
11 *Schaal*, BWNotZ 2008, 2 (26); *Bonefeld*, ZErb 2007, 292 (298); *Muscheler*, ZEV 2008, 105 (106).
12 *Keim*, ZEV 2008, 161 (168).

det“[1]. Der sicherste Weg ist es aber, die Gründe für die Unzumutbarkeit ausführlich anzugeben.

– Die Änderung der Pflichtteilsentziehungsgründe für Erbfälle ab 1.1.2010 erfordert die Überprüfung und ggf. die Anpassung aller Pflichtteilsentziehungsverfügungen. Hierüber hat der Berater sicherheitshalber aufzuklären. Das gilt insbesondere wegen der Aufhebung des Entziehungsgrunds des ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandels in § 2333 Nr. 4 BGB a.F. Die Übergangsvorschrift in Art. 229 § 21 Abs. 4 EGBGB enthält keinen Vertrauensschutz für Erblasser, die nach altem Recht eine wirksame Pflichtteilsentziehung verfügt haben, wenn sie nach dem 31.12.2009 versterben. Nach der Übergangsvorschrift kommt es ausschließlich darauf an, wann der Erbfall eintritt. Ob dies verfassungsgemäß ist, wird teilw. bezweifelt[2].

Formulierungsvorschlag für § 2333 Abs. 1 Nr. 2 BGB

Testament

Ich . . . entziehe hiermit meinem Sohn . . . den Pflichtteil, weil er sich eines schweren vorsätzlichen Vergehens bzw. Verbrechens gegen mich schuldig gemacht hat. Er hat mich am . . . um . . . in . . . vorsätzlich körperlich misshandelt: . . . (Schilderung des Geschehensablaufs – wann, wo, wie nach Möglichkeit mit Zeugenangaben). Dadurch habe ich folgende Verletzungen erlitten: . . . (am besten mit ärztlichem Attest als Testamentsanlage).

Ort Datum Unterschrift

Formulierungsvorschlag für § 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB

Ich . . . entziehe hiermit meinem Sohn . . . den Pflichtteil gemäß § 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB:

Mein Sohn hat im Jahre . . . unter Geiselnahme eine Bank überfallen. Wegen dieser Straftat ist er zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren ohne Bewährung verurteilt worden, Strafurteil des . . ., Aktenzeichen . . . (soweit bekannt).

(Variante, wenn zum Zeitpunkt der letztwilligen Verfügung noch keine rechtskräftige Verurteilung vorliegt: Wegen dieser vorsätzlichen Straftat wird mein Sohn zu einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr ohne Bewährung verurteilt.)

Die Teilhabe meines Sohnes an meinem Nachlass ist deshalb für mich unzumutbar.

1 BT-Drs. 16/8954, S. 24 zu Nr. 28 (§ 2333 BGB).
2 *Schaal*, BWNotZ 2008, 2 (26).

Ich lebe christliche Wertvorstellungen und verurteile Gewalt. Ein Ideal für mich und meine Familie ist die Gewaltfreiheit und ein sozial friedfertiges Zusammenleben und Miteinander. Konflikte sind gewaltfrei zu lösen durch Kommunikation. Ich habe versucht, meinen Sohn entsprechend zu erziehen und ihm diese Werte zu vermitteln. Ich bin damit gescheitert, was mich und meine Familie sehr beschämt. Ich kann und werde diese Schmach weder vergessen noch verzeihen.

Sollte diese Pflichtteilsentziehung – gleich aus welchen Gründen – unwirksam sein, so bleibt die Enterbung meines Sohnes in jedem Fall bestehen.

Ort Datum Unterschrift

307 **Beweisbelastet** für das Vorliegen eines Pflichtteilsentziehungsgrunds, das Verschulden des Pflichtteilsberechtigten und das Nichtvorliegen für Rechtfertigungs-[1] und Entschuldigungsgründe ist nach § 2336 Abs. 3 BGB i.d.R. der Erbe als Pflichtteilsschuldner. Es können aber auch der Erblasser selbst (lebzeitige Feststellungsklage), der Beschenkte (§ 2329 BGB) oder die nach § 2318 BGB Begünstigten belastet sein. Für die Zurechnungsfähigkeit des Pflichtteilsberechtigten gilt § 2336 Abs. 3 BGB aber nicht, da § 827 BGB als spezielle Norm vorgeht[2]. Ein Verhalten, dass der Erblasser gebilligt hat, kann den Entzug des Pflichtteils nicht rechtfertigen, auch wenn der Pflichtteilsberechtigte **irrig** annahm, er vergehe sich gegen den Erblasser[3].

Die Pflichtteilsentziehungsgründe für Erbfälle ab **1.1.2010** sind einheitlich und abschließend in § 2333 BGB geregelt.

- **§ 2333 Abs. 2 BGB:** Die unterschiedliche Behandlung von Abkömmlingen, Eltern und Ehegatten[4] entfällt. Die Pflichtteilsentziehungsgründe gelten einheitlich für alle Pflichtteilsberechtigten.
- **§ 2333 Abs. 1 Nr. 1 BGB**: Der Pflichtteilsentziehungsgrund entspricht § 2333 Nr. 1 BGB a.F. Der geschützte Personenkreis – und damit die Testierfreiheit – wird maßvoll erweitert auf Personen, die dem Erblasser vergleichbar einem Kind oder Ehegatten nahestehen. Hierunter sind insbesondere nichteheliche Lebenspartner, Stief- oder Pflegekinder zu verstehen, die mit dem Erblasser in einer auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft leben oder auf andere Weise mit ihm eng verbunden sind[5]. Aus Gründen des Pflichtteilsschutzes (Ausstrahlungswirkung von Art. 6, 14 GG) ist das

1 A.A. *Lange*, ZErb 2008, 59 (61, Beweislast beim Pflichtteilsberechtigten).
2 LG Ravensburg v. 26.10.2007 – 6 O 257/06, ZErb 2008, 120 (§ 2333 Nr. 2 BGB); wohl auch Staudinger/*Olshausen*, § 2336 BGB Rz. 18 (Nebeneffekt aus BVerfG v. 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00, NJW 2005, 1561; *Kleensang*, ZEV 2005, 277 (283). Für Erbunwürdigkeit nach § 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB bereits BGH v. 25.11.1987 – IVa ZR 160/86, NJW 1988, 823.
3 OLG Celle v. 11.12.2003 – 6 U 64/03, OLGReport 2004, 245.
4 Der Lebenspartner i.S.d. LPartG steht einem Ehegatten gleich.
5 *Brüggemann*, ErbBStg 2008, 241 (242); *Schaal*, BWNotZ 2008, 2 (23); BT-Drs. 16/8954 v. 24.4.2008, S. 23 zu Nr. 28 (§ 2333 BGB).

Näheverhältnis im Einzelfall festzustellen. Eine abstrakte Betrachtung ist nicht möglich[1]■(Satz?)).

– **§ 2333 Abs. 1 Nr. 2 BGB:** Die Regelung entspricht dem früheren § 2333 Nr. 3 BGB a.F. mit der Maßgabe des erweiterten geschützten Personenkreises nach § 2333 Abs. 1 Nr. 1 BGB. Der alte Entziehungsgrund in § 2333 Nr. 2 BGB a.F. hat insoweit keinen eigenständigen Anwendungsbereich und geht in der Neuregelung auf[2].

  Die zurückhaltende Rechtsprechung zum alten Recht ist zu übertragen. Danach wird erforderlich sein, dass das Vergehen eine schwere Kränkung (Pietätsverletzung) des Erblassers oder einer gechützten Person bedeutet. Ob der Unrechtsgehalt des Vergehens mit einer Straftat i.S.d. § 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB (Freiheitsstrafe ohne Bewährung von mindestens einem Jahr) vergleichbar sein muss – so Schaal[3] – ist m.E. zweifelhaft. Richtig ist aber, dass auch eine schwere Beleidigung i.d.R. keinen Pflichtteilsentziehungsgrund dastellt[4].

– **§ 2333 Abs. 1 Nr. 3 BGB:** Die Regelung entspricht dem früheren § 2333 Nr. 4 BGB a.F. Der Pflichtteilsentziehungsgrund wird nach wie vor keine praktische Bedeutung haben[5].

– **§ 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB:** Dieser neue – nicht unproblematische[6] Pflichtteilsentziehungsgrund – sanktioniert ein schweres soziales Fehlverhalten des Pflichtteilsberechtigten. Er muss wegen einer vorsätzlichen Straftat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr ohne Bewährung rechtskräftig verurteilt werden. Es ist Neuland, dass eine Entziehung von der Rechtskraft eines strafgerichtlichen Urteils abhängt. Damit ist eine Bindung der Zivilgerichte an Strafurteile geknüpft. Die Rechtskraft des Urteils kann erst nach dem Erbfall eintreten[7].

Damit kann der Erblasser gleich nach der Straftat dem Pflichtteilsberechtigten den Pflichtteil entziehen und muss nicht erst die Rechtskraft des strafgerichtlichen Urteils abwarten[8]. Weitere Voraussetzung ist, dass dem Erblasser aufgrund der strafgerichtlichen Verurteilung die Teilhabe des Pflichtteilsberechtigten am Nachlass unzumutbar ist. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers soll Unzumutbarkeit vorliegen, wenn die Straftat den „persönlichen in der Familie gelebten Wertvorstellungen des Erblassers in hohem Maße widerspricht“[9]. Je schwerwiegender die Straftat, desto eher wird sich die Unzumutbarkeit bereits aus ihrer Begehung ergeben. Bei schweren Straftaten reicht es

1 *Schaal*, BWNotZ 2008, 2 (23).
2 *Brüggemann*, ErbBStg 2008, 241 (243).
3 *Schaal*, BWNotZ 2008, 2 (24).
4 *Schaal*, BWNotZ 2008, 2 (24).
5 *Schaal*, BWNotZ 2008, 2 (24).
6 *Muscheler*, ZEV 2008, 105 (106).
7 BT-Drs. 16/8954 v. 24.4.2008, S. 24 zu Nr. 28 (§ 2333 BGB); *Schaal*, BWNotZ 2008, 2 (25: Kurioserweise kann der Fall eintreten, dass der Pflichtteil zunächst zu Recht verlangt wird, später aber wieder zurückgegeben werden muss).
8 *Schaal*, BWNotZ 2008, 2 (25).
9 BT-Drs. 16/8954 v. 24.4.2008, S. 24 zu Nr. 28 (§ 2333 BGB).

i.d.R. aus, wenn der Erblasser „in der letztwilligen Verfügung den Pflichtteil entzieht und dies mit Begehung der Straftat begründet“[1]. Die Unzumutbarkeit liegt aber dann nicht vor, wenn der Erblasser an der Straftat selbst beteiligt war oder er selbst erhebliche Straftaten begangen hat, von denen er sich nicht distanziert hat (Reue)[2].

Im Ergebnis hat also das subjektive, auf die Wertvorstellung des Erblassers abstellende Tatbestandsmerkmal i.d.R. hinter den objektiven Tatbestand zurückzutreten[3]. M.E. indiziert eine schwere Straftat den subjektiven Tatbestand. Denn in der strafgerichtlichen Praxis wird eine Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr ohne Bewährung nur bei schweren Straftaten verhängt.

Im Übrigen beantwortet § 2333 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 BGB auch die Frage der **Schuldfähigkeit** des Pflichtteilsberechtigten, wonach auch die rechtskräftige Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder in einer Entziehungsanstalt wegen einer ähnlich schwerwiegenden rechtswidrigen Tat. Dies ist ebenfalls rechtliches Neuland.

308 Entziehung des **Kindespflichtteils, § 2333 BGB a.F.** (Erbfälle bis 31.12.2009):

- **§ 2333 Nr. 1 a.F.:** Ausreichend sind ein relevantes Unterlassen, die Vorbereitungshandlung, der Versuch und alle Beteiligungsformen. Unzureichend sind bloß mündliche Äußerungen über Tötungsabsicht[4]. Dieser Entziehungsgrund ist mit dem Grundgesetz vereinbar[5].
- **§ 2333 Nr. 2 a.F.:** Erforderlich ist eine üble, unangemessene Behandlung, die die körperliche Unversehrtheit nicht nur unerheblich beeinträchtigt[6]. Eine schwere oder grobe Misshandlung ist nicht erforderlich[7]. Ungeschriebenes Merkmal ist aber, dass infolge der Tat eine schwere Störung des Eltern-Kind-Verhältnisses eintritt, sog. schwere Pietätsverletzung[8]. Unzureichend ist die Beeinträchtigung seelischen Wohlbefindens[9]. Dieser Entziehungsgrund wurde vom BVerfG gebilligt[10].
- **§ 2333 Nr. 3 a.F.:** Es ist eine Einzelfallabwägung geboten, die nicht mit einem Blick auf den Strafrahmen des StGB erschöpft ist[11]. Auch hier ist eine

1 BT-Drs. 16/8954 v. 24.4.2008, S. 24 zu Nr. 28 (§ 2333 BGB).
2 Bt-Drs. 16/8954 v. 24.4.2008, S. 24 zu Nr. 28 (§ 2333 BGB); *Muscheler*, ZEV 2008, 105 (106); *Brüggemann*, ErbBStg 2008, 241 (244); *Schaal*, BWNotZ 2008, 2 (25).
3 *Muscheler*, ZEV 2008, 105 (106).
4 Staudinger/*Olshausen*, § 2333 BGB Rz. 3.
5 BVerfG v. 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00, NJW 2005, 1561.
6 Jüngst LG Ravensburg v. 26.10.2007 – 6 O 257/06, ZErb 2008, 120 (begründete Pflichtteilsentziehung).
7 BGH v. 6.12.1989 – IVa ZR 249/88, NJW 1990, 911.
8 BGH v. 6.12.1989 – IVa ZR 249/88, NJW 1990, 911 (Interessenabwägung); OLG Köln v. 28.3.2003 – 19 U 171/02, ZEV 2003, 464; Staudinger/*Olshausen*, § 2333 BGB Rz. 6; a.A. Erman/*Schlüter*, § 2333 BGB Rz. 4.
9 BGH v. 25/26.10.1976 – IV ZR 109/74, NJW 1977, 339; Staudinger/*Olshausen*, § 2333 BGB Rz. 9.
10 BVerfG v. 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00, NJW 2005, 1561.
11 MüKo/*Lange*, § 2333 BGB Rz. 12.

grobe Missachtung des Eltern-Kind-Verhältnisses (Pietätsverletzung) vorausgesetzt[1]. Sie soll bei einer einmaligen groben Beleidigung[2] oder einer leichtfertig begangenen falschen Verdächtigung i.d.R. nicht gegeben sein[3]. Eine strafrechtliche Verurteilung bzw. ein Strafantrag des Erblassers ist nicht erforderlich[4]. Ein unterlassener Strafantrag kann grundsätzlich nicht als Verzeihung zu sehen sein[5]. Das Zivilgericht ist an eine strafrechtliche Verurteilung nicht gebunden[6].

– **§ 2333 Nr. 4 a.F.:** Diese Bestimmung hat in der Praxis keine Bedeutung, da eine verwerfliche Gesinnung vorausgesetzt wird[7].

– **§ 2333 Nr. 5 a.F.:** Schutzgut ist die Familienehre[8]. Entgegen BGH ist dieses Schutzgut auch einschlägig, wenn zwischen Erblasser und Abkömmling keinerlei Beziehungen bestanden haben[9]. Die Pflichtteilsentziehung soll auch erzieherischen Einfluss haben und den Pflichtteilsberechtigten zur „Umkehr" bewegen (zweifelhaft)[10], § 2336 Abs. 2, 4 BGB. Der verwerfliche Lebenswandel muss von einer gewissen Dauer und Ausdruck einer fest verwurzelten Haltung sein[11], der wider den Willen des Erblassers erfolgt[12]. Entscheidend ist die objektiv vernünftige Sicht des Erblassers unter Berücksichtigung des Wandels der Moral- und Wertvorstellungen (Gesamtwürdigung). Allgemein gültige Anschauungen sind heute kaum noch vorhanden („Wertepluralismus"). Das subjektive Empfinden des Erblassers ist grundsätzlich unerheblich, weil das Pflichtteilsrecht andernfalls der Disposition des Erblassers unterläge[13]. Jedoch kann der nach allgemeiner An-

1 OLG Hamm v. 22.2.2007 – 10 U 111/06, FamRZ 2008, 94 (Untreue); OLG Celle v. 11.12.2003 – 6 U 64/03, OLGReport 2004, 245 (Barabhebungen).
2 *Lange*, ZErb 2008, 59 (61); MüKo/*Lange*, § 2333 BGB Rz. 12; Staudinger/*Olshausen*, § 2333 BGB Rz. 12.
3 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 10 Rz. 18; Staudinger/*Olshausen*, § 2333 BGB Rz. 12.
4 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 10 Rz. 18.
5 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 10 Rz. 18; a.A. „kann, muss aber nicht": Soergel/*Dieckmann*, § 2333 BGB Rz. 9; *Lange*, ZErb 2008, 59 (61); Staudinger/*Olshausen*, § 2333 BGB Rz. 14.
6 BGH v. 16.3.2005 – IV ZR 140/04, ZEV 2005, 307 (§ 2339 Abs. 1 Nr. 4 BGB).
7 MüKo/*Lange*, § 2333 BGB Rz. 13.
8 BGH v. 23.1.1980 – IV ZR 152/78, NJW 1980, 936; OLG Hamm v. 22.2.2007 – 10 U 111/06, FamRZ 2008, 94; OLG Köln v. 25.2.2008 – 2 W 80/07, OLGReport 2008, 446 (Sonderfall nichtehelicher Abkömmling). Das Schutzgut ist heute kaum mehr bestimmbar: BT-Drs. 16/8954 vom 24.4.2008, S. 22 zu Nr. 28.
9 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 10 Rz. 21; MüKo/*Lange*, § 2333 BGB Rz. 14; OLG Köln v. 25.2.2008 – 2 W 80/07, OLGReport 2008, 446 (Sonderfall nichtehelicher Abkömmling); ebenso LG Bonn v. 17.2.2009 – 180 144/07, ZErb 2009, 190.
10 BGH v. 23.1.1980 – IV ZR 152/78, NJW 1980, 936.
11 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 10 Rz. 22.
12 MüKo/*Lange*, § 2333 BGB Rz. 15; Staudinger/*Olshausen*, § 2333 BGB Rz. 24.
13 Palandt/*Edenhofer*, § 2333 BGB Rz. 7.

schauung fragwürdig lebende Erblasser seinen Abkömmlingen nicht den Pflichtteil entziehen, wenn sie ihrerseits ähnlich leben[1]. Die Generalklausel hat heute kaum noch Bedeutung[2]. **Beispiele:** Landstreicherei (früherer Paradefall)[3], Prostitution[4] (überholt), Zuhälterei, Betrieb eines Bordells, gewerbsmäßiges Glücksspiel, übermäßiges Schuldenmachen (i.d.R. unerheblich[5]), Rausch- und Trunksucht (i.d.R. unerheblich, da Erkrankung zugrunde liegt[6]), Kriminellenkarriere mit Verübung erheblicher Straftaten wie Menschenhandel, Sittlichkeitsdelikte, Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung und Volksverhetzung[7] oder im besonderen Einzelfall fortgesetzter Ehebruch[8] (abzulehnen). Nicht ausreichend ist das eheähnliche oder homosexuelle Zusammenleben[9] sowie eine Sektenmitgliedschaft (Art. 4 GG). Ältere Entscheidungen sind infolge der gewandelten Wertvorstellungen nur im Ausnahmefall auf heute zu übertragen.

309 Das zu § 2333 Nr. 1, 3, 4 BGB a.F. Formulierte gilt analog für die Entziehung des **Elternpflichtteils**, § 2334 BGB a.F.[10]

310 Nach § 2335 BGB a.F. kann der **Ehegattenpflichtteil** nur in besonderen Ausnahmefällen entzogen werden, damit dem Schutzgebot von Art. 6 Abs. 1 GG Rechnung getragen wird[11]. Ein ehebrecherisches Verhältnis reicht hierzu nicht aus[12]. Die Ausführungen zu § 2333 Nr. 1–4 BGB a.F. gelten entsprechend. § 2335 BGB a.F. gilt auch für den Lebenspartner gemäß § 10 Abs. 6 LPartG. Die begründete Entziehung lässt den Zugewinnausgleichsanspruch nach § 1371 Abs. 2 BGB unberührt, sofern nicht § 1381 Abs. 1 BGB eingreift[13].

---

1 Soergel/*Dieckmann*, § 2333 BGB Rz. 14.
2 Ausführlich *Herzog*, Die Pflichtteilsentziehung – ein vernachlässigtes Institut, 2003; Palandt/*Edenhofer*, § 2333 BGB Rz. 7; *J. Mayer*, FamRZ 2005, 1441 (1444); BT-Drs. 16/8954 vom 24.4.2008, S. 22 zu Nr. 28.
3 BT-Drs. 16/8954 vom 24.4.2008, S. 22 zu Nr. 28; MüKo/*Lange*, § 2333 BGB Rz. 16.
4 Dieser frühere Entziehungsgrund ist jedenfalls seit 1.1.2002 obsolet. Seitdem gilt das ProstG. Vgl. auch BGH v. 8.11.2007 – III ZR 102/07, MDR 2008, 132 (Vertrag über Telefonsex nicht sittenwidrig).
5 E contrario § 2338 BGB, Schutzzweck in §§ 1 Satz 2, 286 ff. InsO.; vgl auch OLG Hamm v. 22.2.2007 – 10 U 111/06, FamRZ 2008, 94 (mehrfache Konkursanmeldung).
6 A.A. Staudinger/*Olshausen*, § 2333 BGB Rz. 22 (Einzelfallabwägung).
7 Jüngst LG Bonn v. 17.2.2009 – 18 O 144/07, ZErb 2009, 190; Staudinger/*Olshausen*, § 2333 BGB Rz. 22; MüKo/*Lange*, § 2333 BGB Rz. 16.
8 OLG Hamm v. 11.1.1983 – 10 U 158/82, NJW 1983, 1067; MüKo/*Lange*, § 2333 BGB Rz. 16.
9 OLG Hamburg v. 11.6.1987 – 10 U 132/86, NJW 1988, 977. Das gilt seit dem LPartG erst recht; Staudinger/*Olshausen*, § 2333 BGB Rz. 23; BT-Drs. 16/8954 vom 24.4.2008, S. 22 zu Nr. 28.
10 Zur Entziehung des Elternpflichtteils bei Verletzung der Unterhaltspflicht, Gutachten DNotI-Report 2007, 27.
11 BGH v. 18.1.1989 – IVa ZR 135/87, NJW 1989, 2054.
12 Staudinger/*Haas*, § 2303 BGB Rz. 35.
13 Staudinger/*Olshausen*, § 2335 BGB Rz. 18.

c) Pflichtteilsunwürdigkeit, § 2345 Abs. 2 BGB

311 Die Gründe für die Pflichtteilsunwürdigkeit folgen aus § 2339 BGB[1]. § 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB ist mit dem Grundgesetz vereinbar[2]. § 2339 Abs. 1 Nr. 3 BGB ist im Regelfall nicht erfüllt, wenn der **Ehegatte** seine eheliche Untreue verschweigt[3]. Die **Urkundenfälschung** nach § 2339 Abs. 1 Nr. 4[4], Abs. 2 BGB greift ohne Rücksicht auf die Beweggründe des Täters[5]. Die Frist gemäß § 2082 Abs. 1 BGB läuft erst ab Kenntnis der schuldbegründenden Merkmale[6].

2. Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht, § 2338 BGB

➲ **Beratungssituation:** Mandant hat einen überschuldeten Sohn, der einen verschwenderischen Lebenswandel führt. Mandant fragt, wie er den Nachlass vor dem Zugriff dessen Gläubiger schützt. Er will das Familienvermögen für seine Enkel erhalten.

312 § 2338 BGB und § 863 ZPO bieten dem Erblasser ein kompliziertes und wegen Beweisschwierigkeiten im Erbfall selten gewähltes Gestaltungsmittel, um das Familienvermögen vor Verlust durch Verschwendung oder Überschuldung eines **Abkömmlings**[7] – nicht des Ehegatten oder der Eltern – zu schützen[8]. § 2338 BGB ist ein aliud zur Pflichtteilsentziehung und eine Ausnahmeregelung von §§ 2305, 2306 BGB. Für Erbfälle bis 31.12.2009: Ist der Erbteil des Abkömmlings **nicht** größer als der Pflichtteil, bleiben die gemäß § 2338 BGB angeordneten Beschränkungen entgegen § 2306 Abs. 1 BGB a.F. bestehen[9]. Nur die über § 2338 BGB hinausgehenden Beschränkungen entfallen. Ein etwaiger Pflichtteilsrestanspruch aus § 2305 BGB a.F. wird von den Beschränkungen im Zweifel erfasst[10]. Ist der Erbteil des Abkömmlings **größer** als der Pflichtteil, hat § 2328 BGB als Ausnahmenorm keine Bedeutung, soweit der Pflichtteilsberechtigte annimmt. Die Beschränkungen bleiben bereits nach § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. bestehen. Schlägt der Pflichtteilsberechtigte je-

1 Ausführlich *Muscheler*, ZEV 2009, 58 ff. und 101 ff; *MüKo/Lange*, § 2339 BGB Rz. 1 ff.
2 BVerfG v. 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00, NJW 2005, 1561.
3 BGH v. 21.9.1967 – III ZR 208/66, NJW 1968, 642.
4 Zur Unwürdigkeit gemäß §§ 2239 Abs. 1 Nr. 4 BGB, 267 Abs. 1 1. Alt. StGB, OLG Düsseldorf v. 7.7.2000 – 7 U 206/99, OLGReport 2001, 95; BGH v. 16.3.2005 – IV ZR 140/04, ZEV 2005, 307 (keine Bindungswirkung des Zivilrichters bei strafrechtlicher Verurteilung).
5 BGH v. 27.2.2008 – IV ZR 138/07, ZEV 2008, 193; OLG Stuttgart v. 26.3.1998 – 19 U 239/97, ZEV 1999, 317.
6 OLG Düsseldorf v. 10.12.1999 – 7 U 114/99, FamRZ 2000, 991 (§ 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB); OLG Koblenz v. 16.1.2004 – 8 U 1467/02, OLGReport 2004, 567 (Fristlauf ab Verkündung des Strafurteils).
7 Auch gegenüber adoptiertem oder nichtehelichem Kind.
8 Skeptisch zu Recht *Dickhuth-Harrach*, S. 204; *Nieder/Kössinger*, § 8 Rz. 151; anders *Baumann*, ZEV 1996, 121 (126); *Enzensberger/Klinger*, NJW-Spezial 2006, 397 f.
9 *Baumann*, ZEV 1996, 121 (124); *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 10 Rz. 73.
10 *Baumann*, ZEV 1996, 121 (124).

doch aus, fallen die zulässigen Beschränkungen **nicht** nach § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. weg, sondern gehen auf den Pflichtteil in Gestalt eines Nachvermächtnisses über[1], sofern kein gegenteiliger Wille des Erblassers feststellbar ist. Entsprechendes gilt für Erbfälle ab 1.1.2010.

313 Der Abkömmling muss sich der **Verschwendung** ergeben oder überschuldet sein. Verschwendung liegt vor, wenn ein triftiger Grund zur Annahme besteht, er werde das ihm zufließende Vermögen ganz oder teilweise vergeuden, so dass von einer erheblichen Gefahr für den späteren Erwerb[2] des Abkömmlings auszugehen ist[3]. Entscheidend ist der objektive Hang zur nutzlosen Verschwendung von Vermögen[4]. **Überschuldung** ist gegeben, wenn die Gesamtheit der Passiva die Gesamtheit der Aktiva übersteigt, wobei es auf die Ursache hierfür nicht ankommt[5]. **Beweisbelastet** ist derjenige, der sich auf die Beschränkung beruft, was in der Praxis zu großen Schwierigkeiten führt[6].

314 Die **Beschränkungsgründe** sind in der Verfügung von Todes wegen anzugeben, §§ 2338 Abs. 2, 2336 BGB. Ausreichend ist, dass aus ihr hervorgeht, ob die Beschränkung wegen Überschuldung oder Verschwendung getroffen ist[7]. Der Erblasser kann die Beschränkungen einseitig **nachträglich** anordnen, auch im Rahmen wechselbezüglicher Verfügungen oder eines Erbvertrags[8], §§ 2289 Abs. 2, 2271 Abs. 3 BGB. Die Beschränkungsgründe müssen zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Verfügung **und** des Erbfalls vorliegen, §§ 2338 Abs. 2, 2336 Abs. 2 BGB. Ein vorübergehender Wegfall der Beschränkungsgründe zwischen Anordnung und Erbfall ist unerheblich[9]. Hat sich der Abkömmling im Zeitpunkt des Erbfalls dauernd von dem verschwenderischen Leben abgewandt oder besteht die Überschuldung nicht mehr, wird die Anordnung **hinfällig**, § 2338 Abs. 2 Satz 2 BGB. Der Wegfall der Beschränkungsgründe nach dem Erbfall ist unerheblich[10]. Die Beschränkung wird nicht durch „Verzeihung" hinfällig[11].

---

1 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 10 Rz. 74; MüKo/*Lange*, § 2338 BGB Rz. 10.
2 *Baumann*, ZEV 1996, 121 (123, nicht nur des Erbteils, sondern auch jeder Erwerb wie Arbeitsleistung, Kapitalertrag, Schenkung).
3 Staudinger/*Olshausen*, § 2338 BGB Rz. 9.
4 Staudinger/*Olshausen*, § 2338 BGB Rz. 9.
5 Staudinger/*Olshausen*, § 2338 BGB Rz. 10.
6 *Nieder/Kössinger*, § 8 Rz. 151.
7 Staudinger/*Olshausen*, § 2338 BGB Rz. 16.
8 *Baumann*, ZEV 1996, 121 (122).
9 Soergel/*Dieckmann*, § 2338 BGB Rz. 7.
10 Soweit der Erblasser nichts Gegenteiliges anordnet, *Baumann*, ZEV 1996, 121 (123); a.A. teilweise *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 10 Rz. 56 (ergänzende Testamentsauslegung entscheidet).
11 *Dickhuth-Harrach*, S. 202; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 10 Rz. 50.

Der Erblasser hat folgende abschließende **Gestaltungsmöglichkeiten**[1], die auch verbunden werden können[2]: 315

Hat der Erblasser den Abkömmling zum Erben oder Miterben eingesetzt, kann er **Nacherbfolge** anordnen. Als Nacherbfall darf nur der Tod des Abkömmlings, zu Nacherben dürfen nur dessen gesetzliche Erben[3] analog ihrer gesetzlichen Erbteile bestimmt werden. 316

➲ **Beratungshinweis:** Weicht der Erblasser hiervon ab, ist die gesamte Beschränkung **unwirksam**[4]. Von der namentlichen Benennung der Nacherben ist abzusehen, da sich die gesetzlichen Erben nach der Verfügung ändern können[5].

Formulierungsvorschlag

Mein Sohn X ist überschuldet (oder führt einen verschwenderischen Lebenswandel). Ich setze ihn daher in Höhe der Hälfte seines gesetzlichen Erbteils zum Vorerben ein. Nacherben sind seine gesetzlichen Erben nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge.

Der Erblasser kann die gesetzlichen Erben des Pflichtteilsberechtigten als Nachvermächtnisnehmer bestimmen. Von dieser Beschränkungsmöglichkeit ist abzuraten[6], wenn nicht zugleich eine Verwaltungsvollstreckung angeordnet wird. 317

Durch Anordnung der **Verwaltungstestamentsvollstreckung** entzieht der Erblasser dem Abkömmling das Verfügungsrecht unter Lebenden, §§ 2205, 2211 BGB. **Vorteil:** Sie schließt seine Eigengläubiger vom Zugriff auf das verwaltete Vermögen aus, § 2214 BGB. Der Reinertrag des Nachlasses ist durch § 863 ZPO teilweise geschützt. Aber auch der pfändbare Reinertrag kann durch auflösend bedingte Anordnung einer Testamentsvollstreckung dem Zugriff der Gläubiger entzogen werden. Dies setzt aber eine freiwillige „Unterwerfung" des Pflichtteilsberechtigten unter die bedingt angeordnete Beschränkung voraus[7]. 318

1 *Baumann*, ZEV 1996, 121 ff.
2 Palandt/*Edenhofer*, § 2338 BGB Rz. 2.
3 Der Ehegatte des Abkömmlings kann nicht ausgespart werden, *Dickhuth-Harrach*, S. 204.
4 Staudinger/*Olshausen*, § 2338 BGB Rz. 22.
5 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 10 Rz. 63.
6 *Baumann*, ZEV 1996, 121 (125); *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 10 Rz. 66.
7 *Baumann*, ZEV 1996, 121 (124).

Formulierungsvorschlag

Die Testamentsvollstreckung soll sich auch auf den Reinertrag des zugewandten (Erbanteils/Vermächtnisses/Pflichtteils) erstrecken, sofern der Pflichtteilsberechtigte mit dieser Beschränkung einverstanden ist.

➲ **Beratungshinweis**: Als bestmögliche Gestaltung wird die Kombination von Verwaltungsvollstreckung und Vor- und Nacherbschaft empfohlen[1].

Zur **Beratungssituation**: Mandant werden folgende Möglichkeiten aufgezeigt: Pflichtteilsbeschränkung nach § 2338 BGB, um § 2306 BGB auszuhebeln. Einvernehmlicher Pflichtteilsverzicht seines überschuldeten Sohns und Abfindung durch nicht pfändbare Leistungen (z.B. Nutzungsrechte wie Wohnungsrechte, gesichert durch beschränkte persönliche Dienstbarkeiten[2]) oder ein Rentenvermächtnis wegen §§ 850c, 850b Abs. 1 Nr. 3 ZPO.

3. Pflichtteilsverzicht

319 Der Königsweg zur Pflichtteilsreduzierung ist der einvernehmliche **Pflichtteilsverzicht** zwischen Erblasser und Pflichtteilsberechtigtem, § 2346 Abs. 2 BGB (ausführlich Kapitel B XV Rz. 62 ff.). Er schafft Gestaltungsfreiheit und Rechtssicherheit, weil nach dem Erbfall kein Pflichtteil des Verzichtenden entsteht[3]. Ein Pflichtteilsverzicht verhindert nicht, dass der Verzichtende Erbe wird. Er wirkt daher nur, wenn der Angehörige durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen ist.

➲ **Beratungshinweis:** Ein Pflichtteilsverzicht ist stets mit einem Testament des Erblassers abzusichern, in dem er seine Erbfolge positiv verfügt.

Der Verzicht wirkt auch zulasten aller vorhandenen oder zukünftigen Abkömmlinge des Verzichtenden unabhängig von dessen Willen, sofern keine andere Vereinbarung vorliegt, § 2349 BGB. Ein Pflichtteilsverzicht umfasst – sofern nichts anderes vereinbart wird – die Ansprüche aus §§ 2305, 2307, 2325f[4] und 1586b BGB (sehr streitig)[5] und verhindert die Berufung auf §§ 2306 Abs. 1 Satz 1 a.F., 2318 Abs. 2, 2319, 2328 BGB[6] und ggf. Pflichtteilsvermächt-

1 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 10 Rz. 68, 71.
2 Kein Nießbrauch, der pfändbar ist, *Nieder/Kössinger*, § 8 Rz. 154 ff.
3 MüKo/*Strobel*, § 2348 BGB Rz. 19.
4 Palandt/*Edenhofer*, § 2346 BGB Rz. 16.
5 MüKo/*Maurer*, § 1586b BGB Rz. 2; Erman/*Graba*, § 1586b BGB Rz. 11; Palandt/*Brudermüller*, § 1586b BGB Rz. 8; *Dieckmann*, NJW 1980, 2777 ff.; *Kornexl*, Nachlassplanung bei Problemkindern, Rz. 477 f.; a.A. *Münch*, ZEV 2008, 571 (575); *Pentz*, FamRZ 1998, 1344 ff.; *Frentz*, ZEV 1997, 450; *J. Mayer*, ZEV 2007, 556 (557); anders auch Kapitel B XV Rz. 50 ff.
6 *J. Mayer*, ZEV 2000, 263 f.; *J. Mayer*, ZEV 2007, 556 (557 f.); Palandt/*Edenhofer*, § 2346 BGB Rz. 16.

nisse[1]. Bei einem verzichtenden Ehegatten im gesetzlichen Güterstand sollte ggf. nicht vergessen werden, einen etwaigen Zugewinnausgleich nach § 1371 Abs. 2 BGB auszuschließen[2]. Analog gilt dies für den Lebenspartner nach § 10 Abs. 7 LPartG. Eine erbrechtliche Bindung hindert den Erblasser zulasten der Vertrags- oder Schlusserben nicht an der **nachträglichen Aufhebung** eines Pflichtteilsverzichts, § 2351 BGB[3]. Die Vertragserben sind nur durch eine Verpflichtung des Erblassers geschützt, die Aufhebung zu unterlassen[4].

320 Der Pflichtteilsverzicht bedarf gemäß **§ 2348 BGB** notarieller Beurkundung. Das gilt auch für das der Abfindung zugrunde liegende Kausalgeschäft[5]. Ein formnichtiges Kausalgeschäft wird durch den formgerecht erklärten abstrakten Verzicht geheilt[6]. Notariell beurkundungsbedürftig ist auch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, wonach eine lebzeitige Zuwendung des Erblassers an den pflichtteilsberechtigten Zuwendungsempfänger nachträglich zugunsten eines Dritten im Erbfall anzurechnen oder auszugleichen ist[7]. **§ 2347 BGB** regelt die Zulässigkeit der Vertretung und die Anforderungen an die Geschäftsfähigkeit für die Vertragsparteien unterschiedlich[8]. Insbesondere muss der (beschränkt) geschäftsfähige Erblasser den Verzicht persönlich schließen, § 2347 Abs. 2 BGB. Der Verzichtende kann sich hingegen vertreten lassen, auch durch den Erblasser. Gleichzeitige Anwesenheit beider Teile wie beim Erbvertrag ist nicht erforderlich[9]. Der Verzicht kann in einem **Prozessvergleich** vereinbart werden, wenn sowohl der Erblasser als auch sein Bevollmächtigter die Erklärung abgeben, was im Verhandlungsprotokoll zu vermerken ist (§ 127a BGB[10]). Bei einem Pflichtteilsverzicht von minderjährigen Kindern ist die Genehmigung des Familiengerichts erforderlich, § 1643 Abs. 2 BGB. Ein Pflichtteilsverzichtsvertrag kann nach umstrittener Ansicht des

1 *J. Mayer*, ZEV 1995, 41 f.
2 *J. Mayer*, ZEV 2007, 556 (557).
3 Was zur Kondiktion der geleisteten Abfindung führt, BGH v. 12.6.1980 – IVa ZR 5/80, NJW 1980, 2307.
4 *Kornexl*, Nachlassplanung bei Problemkindern, Rz. 456; *J. Mayer*, ZEV 2005, 175 (177); a.A. *Schindler*, DNotZ 2004, 824 ff. und ZEV 2005, 299 f.; s. Kapitel B XV Rz. 177 ff.
5 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 11 Rz. 6; Palandt/*Edenhofer*, § 2348 BGB Rz. 1; *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 2086.
6 *Reimann*, ZEV 2007, 40; *Nieder/Kössinger*, § 19 Rz. 25; *Bengel*, ZEV 2006, 192 (194).
7 *Nieder/Kössinger*, § 19 Rz. 75 und § 2 Rz. 234; OLG München v. 26.3.2008 – 15 U 4547/07, ZEV 2008, 344; *Damrau*, Der Erbverzicht als Mittel zweckmäßiger Vorsorge für den Todesfall, 1966, S. 50; a.A. Staudinger/*Werner*, § 2050 BGB Rz. 33 (formfrei möglich).
8 S. Kapitel B XV Rz. 144 ff.; Palandt/*Edenhofer*, § 2347 BGB Rz. 1.
9 Soergel/*Damrau*, § 2348 BGB Rz. 1.
10 Achtung: Nach ü.M. ersetzt ein Vergleich über § 278 Abs. 6 ZPO nicht die notarielle Beurkundung nach § 127a BGB, Gutachten DNotI-Report 2008, 75; *Knauer/Wolf*, NJW 2004, 2857.

BGH nur zu **Lebzeiten des Erblassers** geschlossen werden[1]. Mithin hat auch die Annahme des Angebots auf Abschluss eines Pflichtteilsverzichts bis zum Tod des Erblassers zu erfolgen. Nach BGH ist das vor dem Erbfall bestehende Pflichtteilsrecht ein aliud gegenüber dem nach dem Erbfall bestehenden Pflichtteilsanspruch (zweifelhaft), der nach § 397 BGB formlos erlassen werden kann.

➲ **Beratungshinweis**: Ein Pflichtteilsverzicht sollte möglichst sofort wirksam sein. Andernfalls ist vorsorglich ein Verzicht auf künftige Pflichtteilsansprüche nach dem Tode des Erblassers bzw. eine flankierende Vereinbarung unter zukünftigen gesetzlichen Erben gemäß § 311b Abs. 5 BGB ratsam[2].

Ein Pflichtteilsverzicht kann aber – anders als ein Erbverzicht[3] – nach dem Tode des Erblassers aufgehoben bzw. angefochten werden, da er nicht die Erbfolge berührt[4]. Ein Pflichtteilsverzicht muss eindeutig sein. **Stillschweigende** Pflichtteilsverzichte in notariell beurkundeten letztwilligen Verfügungen sind restriktiv anzunehmen[5]. Die Klausel in Übergabeverträgen, dass eine Grundstücksübertragung „zur Abfindung von Erb- und Pflichtteilsansprüchen" erfolgt, genügt nicht[6]. Sie ist lediglich als schuldrechtlicher Verzicht auf die Geltendmachung von Ausgleichs-, Anrechnungs- und Pflichtteilsansprüchen aufzufassen, die sich auf das gegenwärtige (nicht künftige) Vermögen der Eltern und die bis zum Übergabevertrag erfolgten Zuwendungen an Dritte beziehen[7]. Ein Verzicht auf „erbrechtliche Ansprüche als eingesetzter Schlusserbe" beinhaltet einen bloßen Zuwendungs- und keinen Pflichtteilsverzicht[8]. **Angriffsmöglichkeiten** gegen einen unliebsamen Pflichtteilsverzicht:

– Der **Wegfall der Geschäftsgrundlage** ist nach überzeugender Ansicht auch beim abstrakten Verzicht möglich[9]. Das gilt unstreitig für die schuldrecht-

1 BGH v. 13.11.1996 – IV ZR 62/96, DNotZ 1997, 422 mit Anm. *Albrecht; Palandt/Edenhofer*, § 2346 BGB Rz. 14; MüKo/Strobel, § 2346 BGB Rz. 10; a.A. vorzugswürdig, s. Kapitel B XV Rz. 158, 174; *Hartmann*, DNotZ 2007, 813 (814).

2 S. Kapitel B XV Rz. 158, 174 (Formulierungsvorschlag).

3 BGH v. 24.6.1998 – IV ZR 159/97, ZEV 1998, 304; OLG Celle v. 8.7.2003 – 6 W 63/03, ZEV 2004, 156 und BayObLG v. 4.1.2006 – 1 Z BR 97/03, OLGReport 2006, 136 (Anfechtung) mit ablehnender Anm. *Leipold*, ZEV 2006, 213 (214); a.A. *Damrau*, ZEV 2004, 157; Erman/*Schlüter*, vor § 2346 BGB Rz. 1.

4 OLG Nürnberg v. 12.11.2002 – 3 U 1192/02, FamRZ 2003, 634 mit Anm. *Wendt*, ZNotP 2006, 2 ff.; s. auch Kapitel B XV Rz. 191.

5 BGH v. 9.3.1977 – IV ZR 114/75, NJW 1977, 1728; OLG Düsseldorf v. 23.7.1999 – 7 U 236/98, OLGReport 2000, 330,; s. Kapitel B XV Rz. 164 ff.; *Keim*, ZEV 2001, 1; gegen stillschweigende Verzichte: MüKo/*Strobel*, § 2348 BGB Rz. 8; Soergel/*Damrau*, § 2346 BGB Rz. 4; *Nieder/Kössinger*, § 19 Rz. 22.

6 OLG Hamm v. 4.4.1995 – 10 U 90/94, FamRZ 1996, 1167; *Nieder/Kössinger*, § 19 Rz. 23.

7 *Edenfeld*, ZEV 1997, 134 (137); *Nieder/Kössinger*, § 19 Rz. 23; *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 2076.

8 OLG Frankfurt v. 18.12.2002 – 17 U 176/01, OLGReport 2003, 192.

9 *Münch*, ZEV 2008, 571 (577); *Bengel*, ZEV 2006 192 (195); *Wendt*, ZNotP 2006, 2 (7 f. mit Anm. zum nachfolgend zitierten Urteil des OLG Nürnberg); OLG Nürnberg v.

lich vereinbarte**Abfindung**[1]. Die Anwendung der Rechtsfigur ist indes auf Ausnahmefälle beschränkt[2].

– Das Gesetz schreibt keine Abfindung vor. In der Praxis wird i.d.R. eine Abfindung gezahlt, die Verhandlungssache ist. Die Verhandlungsposition für den Erblasser ist gut, wenn der Verzichtende Geld benötigt, z.B. für seine Existenzgründung. Gerade bei **Unternehmern** sind Pflichtteilsverzichte der Kinder ratsam. Hat der Erblasser keine ausreichend liquiden Mittel für eine Abfindung, bietet sich die lebzeitige Einräumung von stillen Beteiligungen oder Unterbeteiligungen am Gesellschaftsanteil an[3]. Die Verjährung des Abfindungsanspruchs richtet sich nach § 195 BGB und nicht nach § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB a.F.[4]. Der Verzichtsvertrag ist im Einzelfall **anfechtbar** oder nach **§ 138 BGB** unwirksam, wenn der Verzichtende über die Berechnungsgrundlage für die Abfindung getäuscht und seine Unerfahrenheit ausgenutzt wird[5]. Die Sittenwidrigkeit ist auf extreme Fälle beschränkt[6]. Überdies ist eine **richterliche Inhaltskontrolle**[7] analog der Rechtsprechung zu Eheverträgen abzulehnen[8], auch wenn der Pflichtteil im konkreten Fall zur Sicherung des laufenden Unterhalts und der Altersvorsorge des Pflichtteilsberechtigten dienen würde. Der Risikocharakter[9] des Verzichts streitet

---

12.11.2002 – 3 U 1192/02, FamRZ 2003, 634 (Wegfall der Geschäftsgrundlage eines Pflichtteilsverzichts bei gescheitertem gemeinschaftlichen Testament zwischen Ehegatten); Kapitel B XV Rz. 191; a.A. *Nieder/Kössinger*, § 19 Rz. 26; insoweit nicht aussagekräftig BGH v. 4.11.1998 – IV ZR 327/97, ZEV 1999, 62 (Erb- und Pflichtteilsverzicht) und BGH v. 13.11.1996 – IV ZR 62/96, DNotZ 1997, 422 (Pflichtteilsverzicht nur zu Lebzeiten des Erblassers).

1 BGH v. 29.11.1996 – BLw 16/96, ZEV 1997, 69 (Erb- und Pflichtteilsverzicht) mit Anm. *Edenfeld;* OLG Hamm v. 3.8.1999 – 10 U 3/99, ZEV 2000, 507; *Bengel*, ZEV 2006, 192 (193); Palandt/*Edenhofer*, § 2346 BGB Rz. 9.

2 S. Kapitel B XV Rz. 131; *Klingelhöffer*, Rz. 362; *Bengel*, ZEV 2006, 192 (195, i.d.R. zu verneinen); *Kapfer*, MittBayNot 2006, 385 (389, seltene Fälle); Staudinger/*Schotten*, § 2346 BGB Rz. 191; MüKo/*Strobel*, § 2346 BGB Rz. 24 (jeweils mit Fallbeispielen); *Münch*, ZEV 2008, 571 (577: seltene Fälle); *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 11 Rz. 7; LG Coburg v. 3.9.2008 – 21 O 295/08, FamRZ 2009, 461 (Erbverzicht).

3 *Nieder/Kössinger*, § 22 Rz. 17.

4 OLG Celle v. 26.7.2007 – 6 U 12/07, ZEV 2008, 485.

5 OLG München v. 25.1.2006 – 15 U 4751/04, ZEV 2006, 313 (Erb- und Pflichtteilsverzicht, Fall Wildmoser); hierzu *Kapfer*, MittBayNot 2006, 385 ff. und *Theiss/Boger*, ZErb 2006, 164 ff.; zur Anwaltshaftung bei versäumter Anfechtung eines vorzeitigen Erbausgleichs OLG Celle v. 21.3.2007 – 3 U 168/06, OLGReport, 2007, 592.

6 *Münch*, ZEV 2008, 571 (577).

7 Ausführlich *Ludyga*, Inhaltskontrolle von Pflichtteilsverzichtsverträgen, 2008.

8 *Kroppenberg*, DNotZ 2006, 87 (103 ff.); *Bengel*, ZEV 2006, 192 ff.; *Kapfer*, MittBayNot 2006, 385 (390); *Muscheler*, Vortrag auf ZEV-Jahrestagung 2007; *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 2129; a.A. *Wachter*, ZErb 2004, 238 (245), der die Rspr. des BGH zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen (BGH v. 11.2.2004 – XII ZR 165/02, NJW 2004, 238) entsprechend auslegt. *Wachter* versagt eine Inhaltskontrolle nur, wenn der Pflichtteil „der Teilhabe an einem (größeren) Familienvermögen" dient; offen gelassen *Theiss/Boger*, ZEV 2006, 143 (145).

9 BGH v. 29.11.1996 – BLw 16/96, ZEV 1997, 69 („inhärentes Risiko"); LG Coburg v. 3.9.2008 – 21 O 295/08, FamRZ 2009, 461 (Erbverzicht); *Bengel*, ZEV 2006, 192 (194);

dagegen. Im Pflichtteilsrecht ist für Billigkeitserwägungen gerade kein Raum[1]. Ferner wendet der BGH die Inhaltskontrolle im Familienrecht im Einzelfall auch zugunsten – nicht nur zulasten – des Pflichtigen an[2]. **Fazit:** Das Institut kann auf das Erbrecht nicht übertragen werden. Gewichtige Stimmen in der Literatur prognostizieren indes, die Vertragspraxis habe sich darauf einzustellen, dass eine Inhaltskontrolle bei Erb- und Pflichtteilsverzichtsverträgen durch den BGH erfolgen werde[3]. Dem vorsichtigen Vertragsgestalter wird daher eine ausgewogene und angemessenen Abfindung empfohlen[4]. Ratsam ist, die Abfindung als endgültig zu vereinbaren:

Formulierungsvorschlag

Die vorstehende Abfindung ist für alle Fälle endgültig und abschließend vereinbart. Sie ist unabhängig vom Bestand und Wert des Vermögens zum Zeitpunkt dieser Vereinbarung und zum Zeitpunkt des künftigen Erbfalls. Eine Anfechtung oder Anpassung, etwa in Fällen des Irrtums oder wegen einer Änderung oder des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, ist ausgeschlossen.

– Ein Pflichtteilsverzicht kann über **§ 139 BGB** hinfällig werden, wenn er mit einem anderen unwirksamen Rechtsgeschäft – z.B. einem Ehe- oder Überlassungsvertrag – verbunden ist[5].

➲ **Beratungshinweis:** Der Verzichtende sollte seine Abfindung sichern, z.B. durch § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO oder die Eintragung einer Sicherungsgrundschuld. Am effektivsten ist die aufschiebend oder auflösend bedingte Verknüpfung des abstrakten Verzichts mit der Abfindungsleistung[6]. Als Bedingung kann bestimmt werden, dass der Erblasser in einer bestimmten

MüKo/*Strobel*, § 2346 BGB Rz. 24; *Münch*, ZEV 2008, 571 (577); *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 2129.

1 BGH v. 26.9.2001 – IV ZR 198/00, ZEV 2002, 21; BGH v. 13.7.1983 – IVa ZR 15/82, NJW 1983, 2875; OLG Köln v. 27.10.2005 – 23 WLw 6/05 (grundsätzlich kein § 242 BGB bei Formverstoß gegen § 2348 BGB).

2 BGH v. 5.11.2008 – XII ZR 157/06, NJW 2009, 842.

3 *Münch*, ZEV 2008, 571 (576 f.: Anpassung nur in seltenen Fällen); *Wendt*, ZNotP 2006, 2 (3).

4 *Theiss/Boger*, ZEV 2006, 143 (145); *Münch*, ZEV 2008, 571 (577); *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 2130.

5 LG Ravensburg v. 31.1.2008 – 2 O 338/07, ZEV 2008, 598 (Ehevertrag) mit ablehnender Anm. *Münch*, ZEV 2008, 571 ff.; OLG Nürnberg v. 12.11.2002 – 3 U 1192/02, FamRZ 2003, 634 (Ehevertrag, § 139 BGB im Fall abgelehnt) mit Anm. *Wendt*, ZNotP 2006, 2 (4); OLG Oldenburg v. 16.3.2006 – 1 U 12/05, ZEV 2007, 35 (Überlassung) mit Anm. *Reimann*, ZEV 2007, 40; *Bengel*, ZEV 2006, 192 (196); *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 2131. Zur seltenen Teilnichtigkeit eines sittenwidrigen Vertrags BGH v. 17.10.2008 – V ZR 14/08, MDR 2009, 73.

6 H.M. Palandt/*Edenhofer*, § 2346 BGB Rz. 10; *Nieder/Kössinger*, § 19 Rz. 14; *Edenfeld*, ZEV 1997, 134 (141); *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 11 Rz. 10.

Art und Weise testiert bzw. Verfügungen von Todes wegen aufrecht erhält[1]. Ein Rücktrittsvorbehalt beim abstrakten Verzicht ist ausgeschlossen[2].

Ein unwirksamer Erbverzicht kann aufrechterhalten bleiben als reiner Pflichtteilsverzicht gemäß § 2346 Abs. 2 BGB[3].

Der Pflichtteilsverzicht ist einem Erbverzicht nach § 2346 Abs. 1 BGB vorzuziehen. Er erhöht im Gegensatz zum Erbverzicht die Pflichtteilsquote anderer Pflichtteilsberechtigter nicht, § 2310 Satz 2 BGB. 321

➲ **Beratungshinweis:** Von einem Erbverzicht ist grundsätzlich abzuraten[4] (**Haftungsfalle**). Das gilt m.E. auch nach der jüngsten Entscheidung des BGH, dass eine angemessene Abfindung für den Verzicht keine Schenkung und damit pflichtteilsfest ist, s. Rz. 208.

– Der Pflichtteilsverzicht ist ein flexibles Instrument. Er bezieht sich nur auf einen Geldanspruch. Er kann daher – anders als der Erbverzicht – beliebig beschränkt **werden**[5]**.** Beispiele: Er kann nur bestimmte, auch künftige Nachlassgegenstände, erfassen[6] (Familiengrundstück, Unternehmen) oder bedingt oder nur zugunsten bestimmter Personen vereinbart werden (Pflichtteilsverzicht zugunsten des erstversterbenden Elternteils unter der Bedingung, dass der Verzichtende Schlusserbe beider Eltern wird[7]). Der Erblasser kann auch bestimmte Bewertungsverfahren frei vorschreiben, den Pflichtteil auf einen bestimmten Höchstbetrag mit oder ohne Inflationsausgleich beschränken[8], die Anrechenbarkeit einer Zuwendung an den Pflichtteilsberechtigten oder an einen Dritten begründen (z.B. § 2315 BGB)[9], eine Stundung oder Ratenzahlung regeln[10], bislang ausgleichs- oder anrechnungspflichtige Zuwendungen ausnehmen[11] oder ein Schiedsgutachter- und Gericht festlegen[12].

1 S. Kapitel B XV Rz. 75, 120; *Nieder/Kössinger*, § 19 Rz. 14.
2 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 11 Rz. 12; *Nieder/Kössinger*, § 19 Rz. 24 (Umdeutung in auflösende Bedingung möglich).
3 BGH v. 17.10.1007 – IV ZR 266/06, NJW 2008, 298 mit Anm. *Zimmer*, NJW 2008, 299 f.
4 S. Kapitel B XV Rz. 61; *J. Mayer*, ZEV 2007, 556.
5 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 11 Rz. 15 ff.
6 Gestaltungsmöglichkeiten bei *J. Mayer*, ZEV 2000, 263 ff.
7 *J. Mayer*, ZEV 2000, 263 (265). § 2350 BGB gilt bei einem isolierten Pflichtteilsverzicht nach h.M. nicht, *Zimmer*, NJW 2008, 299.
8 *J. Mayer*, ZEV 2000, 263 (264).
9 *Mohr*, ZEV 1999, 257 (259); *Nieder/Kössinger*, § 19 Rz. 58.
10 *J. Mayer*, ZEV 2000, 263 (264).
11 *J. Mayer*, ZEV 1996, 441 (443).
12 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 11 Rz. 18.

4. Anrechnung oder Ausgleichung, §§ 2315, 2316 BGB

322 Der Erblasser sollte jede größere unterhaltsrechtlich nicht geschuldete Zuwendung an einen Pflichtteilsberechtigten mit der Anordnung versehen, dass sie auf seinen Pflichtteil angerechnet wird, **2315 BGB**[1]. Von der Anordnung einer Ausgleichsverpflichtung nach §§ 2316, 2050 Abs. 3 BGB ist abzuraten[2].

5. Verbrauch

323 Der Erblasser gefährdet durch lebzeitigen Verbrauch bzw. Verprassen seines Vermögens seine wirtschaftliche Absicherung. Zur Aushölung von Pflichtteilsansprüchen ist der Verkauf von Nachlassgegenständen auf Leibrentenbasis die bessere Alternative[3].

6. Auflösend bedingte Zuwendungen als Anreiz zum Verzicht

324 Ein Dritter kann dem Pflichtteilsberechtigten Vermögen unter der auflösenden Bedingung zuwenden, dass er keinen Pflichtteil nach dem Tod einer bestimmten Person geltend macht. Bei Bedingungsfeindlichkeit des Rechtsgeschäfts kann ein Rücktrittsgrund vereinbart werden[4]. **Beispiel:** Großeltern können ihrem Enkel eine Schenkung unter der Bedingung zuwenden, dass sie keine Pflichtteilsansprüche nach dem Tode ihrer Eltern geltend machen. Entsprechendes gilt auch für **letztwillige Zuwendungen**[5].

7. Flucht in die Pflichtteilsergänzung: Schenkungen und Nutzung von Bewertungsspielräumen

325 *Nach dem Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts*[6] *ist § 2325 Abs. 3 BGB für Erbfälle ab 1.1.2010 zulasten des Pflichtteilsberechtigten abgeändert worden. Dann ersetzt ein Abschmelzungsmodell (1/10 pro rata temporis) die starre 10-Jahres-Ausschlussfrist. Die Schenkung wird nur noch innerhalb des ersten Jahres vor dem Erbfall vollständig, im zweiten Jahr nur noch zu 9/10, im dritten Jahr zu 8/10 usw. berücksichtigt. Bei Zuwendungen an Ehegatten verbleibt es bei der bisherigen Rechtslage. Die Neuregelung wird den Rat zur Flucht in die Pflichtteilsergänzung unterstreichen. Das gilt gerade auch in den Fällen, in denen der schenkende Erblasser infolge seines hohen Alters wahrscheinlich keine 10 Jahre mehr zu leben hat*[7]*. Zur Synopse s. Rz. 2a.*

---

1 S. Rz. 178 ff.
2 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 11 Rz. 36.
3 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 11 Rz. 74; *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 2008.
4 *Dickhuth-Harrach*, S. 214.
5 OLG Hamm v. 11.1.2005 – 15 W 391/03, OLGReport 2005, 509 (Nacherbfolge tritt zulasten des Vorerben ein, wenn dessen Elternteil Pflichtteil geltend macht).
6 BT-Drs. 16/8954 v. 24.4.2008, S. 21 zu Nr. 25 (§ 2325 BGB).
7 *Keim*, ZEV 2008, 161 (167).

Lebzeitige Schenkungen des Erblassers mindern den Nachlass. Der ordentliche Pflichtteil wird reduziert. Die Schenkung wird nur nach §§ 2325 ff. BGB dem Nachlass hinzugerechnet. Der Ergänzungsanspruch bietet dem Pflichtteilsberechtigten aber nicht den gleichen Schutz wie der ordentliche Pflichtteil. Gründe:

(1) Schenkungen bleiben pflichtteilsfest, wenn zur Zeit des Erbfalls zehn Jahre seit Leistung des verschenkten Gegenstands verstrichen sind, **§ 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB (Ausschlussfrist)**[1]. Bei Schenkungen an den Ehegatten oder den gleichgeschlechtlichen Lebenspartner i.S.d. LPartG beginnt die Frist nicht vor Auflösung der Ehe[2]. Insoweit sind Schenkungen zur Pflichtteilsverkürzung regelmäßig ungeeignet.

➲ **Beratungshinweis:** Bei der Schenkung ist darauf zu achten, dass die Frist nach § 2325 Abs. 3 BGB in Gang gesetzt wird. Der Erblasser hat auf den wesentlichen Genuss des geschenkten Gegenstands zu verzichten. Vertragliche Nutzungs- und/oder Rückübertragungsvorbehalte können dies vereiteln[3]. Als Alternative bietet sich eine **Verrentung** an. Der Erblasser kann z.B. sein Hausgrundstück gegen eine lebenslang zahlbare üppige Rente verkaufen und diese konsumieren. Er benachteiligt dann den Pflichtteilsberechtigten, ohne die notwendige Eigenversorgung zu gefährden. Diese Empfehlung gilt erst recht nach der Reform von § 2325 Abs. 3 BGB (Erbfälle ab 1.1.2010), um den Vorteil der Abschmelzung zu nutzen.

(2) **Gegenleistungen** mindern die Schenkung und den Ergänzungsanspruch. Die Vertragsparteien haben nach dem Prinzip der subjektiven Äquivalenz einen **Bewertungsspielraum**, wie sie Leistung und Gegenleistung bewerten. Dadurch kann der Schenkungswert zulasten des Pflichtteilsberechtigten deutlich reduziert werden[4]. Die Gegenleistung erhöht sich, wenn die Leistung des Erblassers (auch) als Entgelt für vergangene oder künftige Dienste/Leistungen des Übernehmers erfolgt[5]. Eine Immobilienübertragung gegen Rente, Wart und Pflege, Verköstigung führt zur effektiven Pflichtteilskürzung. Im Übrigen wird die Schenkung oft als Pflicht- und Anstandsschenkung[6] deklariert, um Ergänzungsansprüche zu minimieren. Die Rechtsprechung ist insoweit aber sehr restriktiv, insbesondere bei der Übertragung erheblicher Vermögenswerte.

(3) Gesetzliche **Bewertungsprivilegien** sind nutzbar. Der Erblasser sollte bei der Übergabe eines Landguts stets den niedrigen Ertragswert nach § 2312 BGB anordnen. Bei einem Hof im Sinn der Höfeordnung oder der landesrechtlichen Anerbengesetze liegt der Hofeswert extrem unter dem Verkehrswert[7].

---

1 S. Rz. 232.
2 S. Rz. 236.
3 S. Rz. 233–235.
4 S. Rz. 197 ff.
5 S. Rz. 198.
6 S. Rz. 263 ff.
7 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 11 Rz. 132.

(4) Bei Immobilien und anderen nicht verbrauchbaren Sachen gilt das **Niederstwertprinzip**, § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB[1]. Der Pflichtteilsberechtigte profitiert damit nicht von Wertsteigerungen der Sache nach der Schenkung. Also rechtzeitig schenken, z.B. vor Ausweisung von Bauland, Bebauung von Grundstücken oder dem Gang zur Börse bei Gesellschaftsbeteiligungen.

(5) Lebzeitige Schenkungen des Erblassers an den Pflichtteilsberechtigten sind ohne Zeitgrenze auf den Ergänzungsanspruch **anzurechnen**, § 2327 BGB[2]. Insbesondere bei vergessener bzw. unwirksamer Anrechnungs- oder Ausgleichungsanordnung nach §§ 2315, 2316 BGB ist die „**Flucht in den Pflichtteilsergänzungsanspruch**“[3] ratsam.

(6) Bei Dürftigkeit des Nachlasses kommt ein Ergänzungsanspruch nur gegen den Beschenkten gemäß § 2329 BGB in Betracht, der aber nur nach **Bereicherungsrecht** haftet[4].

(7) Der Ergänzungsanspruch ist nach dem BGH nur gegeben, wenn der Pflichtteilsberechtigte schon im Zeitpunkt der Schenkung pflichtteilsberechtigt war, sog. **Doppelberechtigung**[5]. Schenkungen vor Adoption oder Heirat schließen Pflichtteile des Adoptierten oder Verheirateten aus. Hinsichtlich der leiblichen Abkömmlinge ist die Rechtsprechung unwägbar.

(8) Der Pflichtteilsberechtigte hat die Beweislast für Schenkungen und deren Wert. Seine **Beweislage** ist sehr schwierig, wenn Zuwendungen, die keiner Form bedürfen, vorgenommen werden[6].

326 Eine frühzeitig **vorweggenommene Erbfolge**, die meist in Form einer (gemischten) Schenkung erfolgt, kann aus den in Rz. 325 genannten Gründen die Pflichtteilsansprüche effektiv reduzieren.

327 Der Erblasser kann Vermögen über einen **Vertrag zugunsten Dritter** auf den Todesfall am Nachlass vorbei auf Dritte übertragen, §§ 328, 331 BGB (z.B. Lebensversicherungsverträge mit Begünstigung). Der Pflichtteilsberechtigte kann hier nur Ansprüche aus §§ 2325 ff. BGB geltend machen[7]. Es greifen die Vorteile der Flucht in den Ergänzungsanspruch.

8. Verlagerung von Vermögen ins pflichtteilsfeindliche Ausland

328 Das Erbstatut entscheidet, ob Angehörigen des Erblassers ein Pflichtteilsrecht zusteht[8] (näheres s. Kapitel F). Das Erbstatut bestimmt insbesondere den Kreis der Pflichtteilsberechtigten, den Inhalt der Pflichtteils-[9] und Pflicht-

1 S. Rz. 222.
2 S. Rz. 258 ff.
3 *Tanck*, ZErb 2000, 3 ff.
4 S. Rz. 238 ff.
5 S. Rz. 194.
6 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 11 Rz. 132.
7 S. Rz. 215 ff.
8 BGH v. 21.4.1993 – XII ZR 248/91, NJW 1993, 1920; *Klingelhöffer*, Rz. 365.
9 *Klingelhöffer*, Rz. 365; *Kummer*, ZEV 2002, 283.

teilsergänzungsansprüche[1]. Erbstatut ist nach Art. 25 Abs. 1 EGBGB das Heimatrecht des Erblassers. Ein deutscher Erblasser hat – anders als der ausländische Erblasser für inländisches unbewegliches Vermögen nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB[2] – keine Möglichkeit, ein anderes Erbstatut zu wählen, um Pflichtteilsrechte auszuschalten[3].

Deutsches Erbrecht gilt auch dann, wenn ein Erblasser neben einer ausländischen die deutsche Staatsbürgerschaft hat oder Deutscher i.S.d. GG ist, Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EGBGB[4].

➲ **Beratungshinweis:** Für einen deutschen Mandanten kommt im Übrigen ein Verzicht auf die deutsche Staatsbürgerschaft und ein von Art. 25 EGBGB akzeptierter **Wechsel der Staatsangehörigkeit**[5] in eine Rechtsordnung, die keinen Pflichtteil kennt, als sinnvolle bzw. gewünschte Vermeidungsstrategie praktisch selten in Betracht[6].

Bei einem deutschen Erblasser gilt deutsches Pflichtteilsrecht unabhängig davon, wo sich die Nachlassgegenstände befinden, Grundsatz der Nachlasseinheit[7]. Jedoch weicht das deutsche Recht vor ausländischen Kollisionsnormen anderer Staaten zurück, soweit diese in ihrem Land belegenes Vermögen (insbesondere Immobilien) ihrem Recht unterstellen, Art. 3 Abs. 3 EGBGB bzw. ab 1.1.2009 Art. 3a Abs. 2 EGBGB[8]. Insoweit hat das **Belegenheitsstatut** (sog. lex rei sitae) Vorrang vor dem an die Staatsangehörigkeit des Erblassers anknüpfenden Erbstatut nach Art. 25 EGBGB[9]. Für das im Ausland belegene unbewegliche Vermögen gilt dann nicht das deutsche, sondern das ausländische Erbstatut. Es entstehen sog. Teil- bzw. Spaltnachlässe, die nach unterschiedlichen Erbrechtsordnungen beurteilt werden, sog. **Nachlassspaltung**. Daher ist

1 BGH v. 17.4.2002 – IV ZR 259/01, ZEV 2002, 282; Palandt/*Thorn*, Art. 25 EGBGB Rz. 10.
2 *Süß* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 15 Rz. 82.
3 BGH v. 29.3.1972 – IV ZR 1200/68, NJW 1972, 1001; *Süß* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 15 Rz. 112.
4 Palandt/*Thorn*, Art. 5 EGBGB Rz. 3.
5 Palandt/*Thorn*, Einl. v. Art. 3 EGBGB Rz. 26.
6 Zu den staatsangehörigkeitsrechtlichen Voraussetzungen *Merkle*, Pflichtteilsrecht und Pflichtteilsverzicht im Internationalen Erbrecht, 2008, S. 759 ff.; von *Oertzen/Pawlytta* in Scherer, MAH Erbrecht, § 33 Rz. 42 ff.; Palandt/*Thorn*, Einl. v. Art. 3 EGBGB Rz. 30.
7 BayObLG v. 26.3.2004 – 1Z BR 114/03, OLGReport 2004, 320; Palandt/*Thorn*, Art. 3a EGBGB Rz. 3 und Art. 25 EGBGB Rz. 6.
8 *Klingelhöffer*, Rz. 367; *Fetsch*, RNotZ 2006, 1 (4 ff.). Das Deutsche Kollisionsrecht weicht in Art. 3a Abs. 2 EGBGB aber nicht vor einer ausländischen Kollisionsnorm zurück, die das Erbstatut dem Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers entnimmt, Palandt/*Thorn*, Art. 3a EGBGB Rz. 6.
9 BGH v. 7.7.2004 – IV ZR 135/03; ZEV 2004, 374; Palandt/*Thorn*, Art. 3a EGBGB Rz. 3; OLG Celle v. 8.5.2003 – 6 U 208/02, ZEV 2003, 509 (teilw. fehlerhaft, weil ein deutscher Erblasser nach § 2247 BGB wirksam über ein in Florida belegenes Grundstück verfügen kann, obwohl die Testamentsform am Lageort nicht zulässig ist, die USA nicht dem Haager Testamentsformübereinkommen beigetreten sind und das Erbrecht Floridas nach Art. 3 Abs. 3 EGBGB gilt), hierzu auch *Süß*, ZErb 2004, 155 ff.

auch der Pflichtteil für jeden Spaltnachlass gesondert zu berechnen[1], als ob es sich um den gesamten Nachlass handeln würde[2]. Dies bietet Gestaltungsraum zur Pflichtteilsreduzierung.

Beispiel:

Der deutsche Erblasser erwirbt Immobilien[3] in den Vereinigten Staaten, die kein Pflichtteilsrecht für erwachsene Kinder gewähren[4]. In Deutschland hat er nur geringes Vermögen. Im Erbfall haben seine enterbten volljährigen Abkömmlinge keine Pflichtteilsansprüche nach deutschem Recht wegen der in den USA belegenen Immobilie[5], da das Belegenheitsstatut der USA das deutsche Erbstatut verdrängt, Art. 3 Abs. 3 EGBGB bzw. ab 1.1.2009 Art. 3a Abs. 2 EGBGB. Der Pflichtteil bemisst sich nur nach dem in Deutschland belegenen Vermögen[6].

329 **Umstritten** ist indes, ob die Verlagerung von Vermögenswerten ins Ausland zulasten des Pflichtteilsberechtigten wirksam ist. Ein Verstoß gegen den **ordre public** nach Art. 6 EGBGB lag nach früherer überwiegender Meinung auch dann nicht vor, wenn das ausländische Recht überhaupt kein Pflichtteilsrecht für nahe Angehörige, weder in Form des Geldanspruchs, des Noterbrechts oder des Unterhaltsanspruchs, kennt[7]. Indes hat das BVerfG im Jahr 2005 entschieden, dass das Pflichtteilsrecht der Kinder von Art. 14 i.V.m. Art. 6 GG geschützt ist, s. Rz. 2. Daher geht die wohl überwiegende Literatur heute von einem Verstoß gegen Art. 6 Satz 2 EGBGB aus (streitig)[8]. Dies ist abzulehnen.

---

1 BGH v. 21.4.1993 – XII ZR 248/91, NJW 1993, 1920; OLG Celle v. 8.5.2003 – 6 U 208/02, ZEV 2003, 509; *Gruber*, ZEV 2001, 463 (464); *Fetsch*, RNotZ 2006, 1 (19 f., 24); a.A. *Süß* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 15 Rz. 131 (Deutsches Pflichtteilsrecht wird nicht durch Art. 3 Abs. 3 bzw. ab 1.1.2009 Art. 3a Abs. 2 EGBGB verdrängt).

2 OLG Celle v. 8.5.2003 – 6 U 208/02, ZEV 2003, 509; Palandt/*Thorn*, Art. 25 EGBGB Rz. 9.

3 Persönlich oder mit einer zu begünstigenden Person in joint tenancy, wonach der Miteigentumsanteil nach dem Tod eines Miteigentümers nicht in den Nachlass, sondern sofort dem überlebenden Miteigentümer anfällt, *Fetsch*, RNotZ 2006, 1 (36).

4 *Ferid/Firsching/Lichtenberger*, USA, D VIII, Rz. 91; BGH v. 21.4.1993 – XII ZR 248/91, NJW 1993, 1920.

5 BGH v. 21.4.1993 – XII ZR 248/91, NJW 1993, 1920; *Fetsch*, RNotZ 2006, 1 (30 f.).

6 BGH v. 21.4.1993 – XII ZR 248/91, NJW 1993, 1920; *Gruber*, ZEV 2001, 463 (464 f.); *Leible/Sommer*, ZEV 2006, 93 (94).

7 BGH v. 21.4.1993 – XII ZR 248/91, NJW 1993, 1920 (stillschweigend); *Haas* in Süß, Erbrecht in Europa, § 5 Rz. 10; *Milzer*, BWNotZ 2002, 166 (175); Soergel/*Schurig*, Art. 25 EGBGB Rz. 104; *Bestelmeyer*, ZEV 2004, 359 (360); a.A. MüKo/*Birk*, Art. 25 EGBGB Rz. 112; Erman/*Hohloch*, Art. 6 EGBGB Rz. 48 (Verstoß, soweit der Pflichtteilsberechtigte der Sozialhilfe zur Last fällt); *Klingelhöffer*, Rz. 373, ZEV 1996, 258 ff. (Verstoß, soweit unterhaltsbedürftige oder minderjährige Kinder betroffen sind); ähnlich Staudinger/*Dörner*, Art. 25 EGBGB Rz. 695; weitgehend *Pentz*, ZEV 1998, 449 (grundsätzlicher Verstoß, weil Pflichtteil von Art. 14 GG geschützt ist); restriktiv *Gruber*, ZEV 2001, 463 (468, nur bei nicht mehr hinnehmbarem Ergebnis).

8 Für Verstoß: *Lorenz*, ZEV 2005, 440 (441); Staudinger/*Dörner*, Art. 25 EGBGB Rz. 731; Palandt/*Thorn*, Art. 6 EGBGB Rz. 30; *Looschleders*, IPRax 2006, 462; KG v. 26.2.2008 – 1 W 59/07, ZEV 2008, 440 („frühere Ansicht erscheint durch BVerfG

Denn das BVerfG hat in der Urteilsbegründung auf die historischen Eigenheiten des deutschen Rechts abgestellt, was keine Geltung für Sachverhalte mit Auslandsbezug haben kann[1]. Wenn ein Pflichtteilsberechtigter bei Anwendung eines ausländischen Rechts nichts erhält, ist das eine Folge des Kollisionsrechts und grundsätzlich hinzunehmen[2]. Nur im engen Ausnahmefall ist ein Verstoß gegen Art. 6 EGBGB denkbar, z.B. bei einem minderjährigen und sozialhilfebedürftigen Pflichtteilsberechtigten. Fraglich ist auch, welche **Rechtsfolgen** ein Verstoß gegen den ordre public hat[3]. *Lorenz* will einen Pflichtteil nach deutschem Recht gewähren[4]. *Klingelhöffer* schlägt im Beispielsfall vor, dass der Wert der Immobilie in den USA dem deutschen Nachlass hinzugerechnet und aus dem Gesamtwert ein (fiktiver) Pflichtteilsanspruch ermittelt wird, der auch aus dem deutschen Nachlass zu befriedigen ist[5]. Als Alternative befürwortet er eine analoge Anwendung von § 2325 BGB, indem die Verlagerung von Vermögenswerten in ein pflichtteilsfeindliches Ausland zur Pflichtteilsumgehung einer Schenkung gleichstellt wird[6]. Dieser Weg ist dogmatisch abzulehnen[7]. Der Einwand des kollisionsrechtlichen Umgehungsgrundsatzes **fraus legis** bei Umschichtung in pflichtteilsfreie Spaltnachlässe bleibt in der Gerichtspraxis bislang auch unerhört und ist praktisch nicht zu beweisen[8].

➲ **Beratungshinweis:** Eine tabellarische Übersicht über das ausländische Pflichtteils- und Noterbenrecht ausgewählter Länder ist in Rz. 374 abgebildet. Insbesondere Australien, Großbritannien, Irland und die USA sind für Abkömmlinge pflichtteilsfeindlich. Dasselbe gilt für Thailand[9], 330

überholt") mit Anm. *Dörner; Merkle*, Pflichtteilsrecht und Pflichtteilsverzicht im Internationalen Erbrecht, 2008, S. 541–548 (Einzelfallabwägung bei Kindern/Ehegatten mit Inlandsbezug, Nachlasshöhe und Bedürftigkeit im nicht sozialrechtlichen Sinn entscheidend mit Sättigungsgrenze). Verstoß offen gelassen: *Flick/Piltz*, Der Internationale Erbfall, Rz. 123. **Kein** Verstoß: *Große-Wilde*, EE 2008, 60 (63); Grundsätzlich kein Verstoß: *Fetsch*, RNotZ 2006, 1 (20). Ebenso wohl: *Haas* in Süß, Erbrecht in Europa, § 5 Rz. 10; von *Oertzen/Pawlytta* in Scherer, MAH Erbrecht, § 33 Rz. 93; Erman/*Hohloch*, Art. 6 EGBGB Rz. 48 (anders bei „engstem Inlandsbezug").

1 *Haas* in Süß, Erbrecht in Europa, § 5 Rz. 10.

2 *Flick/Piltz*, Der Internationale Erbfall, Rz. 123.

3 *Merkle*, Pflichtteilsrecht und Pflichtteilsverzicht im Internationalen Erbrecht, 2008, S. 546 ff.

4 *Lorenz*, ZEV 2005, 440 (441); *Haas* in Süß, Erbrecht in Europa, § 5 Rz. 13 (ersatzweise deutsches Recht).

5 *Klingelhöffer*, Rz. 374.

6 *Klingelhöffer*, Rz. 375; ebenso *Worm*, RNotZ 2003, 535 (549).

7 Von *Oertzen/Pawlytta* in Scherer, MAH Erbrecht, § 33 Rz. 151; *Flick/Piltz*, Der Internationale Erbfall, Rz. 123; *Süß* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 15 Rz. 259, 273; *Haas* in Süß, Erbrecht in Europa, § 3 Rz. 66; *Fetsch*, RNotZ 2006, 1 (21).

8 *Süß* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 15 Rz. 259, 273; ebenso *Fetsch*, RNotZ 2006, 1 (20 f.).

9 *Süß* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 16 Rz. 526.

Mexiko[1] und Südafrika[2]. Die Vermögensverlagerung in diese Länder zur Pflichtteilsaushöhlung ist wegen Art. 6 EGBGB derzeit **rechtsunsicher**[3] und kann zur Doppelbesteuerung führen. Ohne genaue (steuerliche) Prüfung darf keine Vermögensflucht ins Ausland erfolgen[4].

Die Vermögensverlagerung ins Ausland kann auch dazu führen, dass der **Pflichtteilsberechtigte mehr** aus dem Nachlass erhält, als es dem Erblasserwillen entspricht.

Beispiel:

Der Erblasser hat einen Sohn und eine Tochter. Nach seinem Testament ist sein Sohn Alleinerbe einer in den USA belegenen Immobilie, die Tochter Alleinerbin für das in Deutschland belegene Vermögen (eine Immobilie). Die Tochter schuldet ihrem Bruder aber u.U. Pflichtteilsansprüche, weil er am deutschen Recht unterfallenden Nachlass keine Teilhabe hat[5]. Die Erbeinsetzung sollte daher auflösend bedingt sein für den Fall, dass der Erbe in einem anderen Land Pflichtteilsansprüche geltend macht[6].

Der BGH beurteilt **Pflichtteilsergänzungsansprüche** nach dem am Todestag geltenden Erbstatut[7]. Unerheblich ist, welches Recht die Beteiligten gem. Art. 27 EGBGB als Vertragsstatut für die Schenkung vereinbart haben oder wo die Schenkung vorgenommen wurde[8]. Beim Wechsel des Erbstatuts besteht aus Gründen der Rechtssicherheit kein Vertrauensschutz[9].

➲ **Beratungshinweis:** Die Prüfung von Ergänzungsansprüchen knüpft an die Frage an, welcher Nachlassmasse der verschenkte Gegenstand angehören

1 *Süß* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 16 Rz. 505 (nur Unterhalt).
2 *Süß* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 16 Rz. 524 (nur Unterhalt).
3 A.A. *Fetsch*, RNotZ 2006, 1 (31: „relativ sicher").
4 *Milzer*, BWNotZ 2002, 166 (184).
5 Nach zutreffender Ansicht ist der Pflichtteil in diesen Fällen – soweit eine ergänzende Testamentsauslegung nicht hilft – über die im IPR anerkannte Rechtsfigur der Anpassung und Ausgleichung zu kürzen, *Gruber*, ZEV 2001, 463 (467); *Dörner*, DNotZ 1988, 67 (103); *Milzer*, BWNotZ 2002, 166 (176); *Steiner*, Testamentsgestaltung bei kollisionsrechtlicher Nachlassspaltung, 2001, S. 150 f. Im Übrigen ist Zurückhaltung bei einer Anpassung und Ausgleichung von Pflichtteilen geboten, OLG Celle v. 8.5.2003 – 6 U 208/02, ZEV 2003, 509; a.A. *Süß* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 15 Rz. 274–281, 289; offen gelassen BGH v. 7.7.2004 – IV ZR 135/03, ZEV 2004, 374; hierzu *Leible/Sommer*, ZEV 2006, 93 ff.
6 *Milzer*, BWNotZ 2002, 166 (176 mit Formulierungsbeispielen); *Klingelhöffer*, Rz. 377; *Haas* in Süß, Erbrecht in Europa, § 6 Rz. 94 ff.
7 BGH v. 17.4.2002 – IV ZR 259/01, ZEV 2002, 282 mit Anm. *Kummer; Palandt/Thorn*, Art. 25 EGBGB Rz. 10.
8 *Süß* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 15 Rz. 224.
9 *Klingelhöffer*, Rz. 366; *Kummer*, ZEV 2002, 283 (Ableitung aus BGH v. 17.4.2002 – IV ZR 259/01, ZEV 2002, 282); a.A. *Süß* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 15 Rz. 227.

würde, wenn die Schenkung unterblieben wäre[1]. Würde zum Zeitpunkt des Todes des deutschen Erblassers für den lebzeitig verschenkten Gegenstand ausländisches Belegenheitsrecht nach Art. 3 Abs. 3 EGBG bzw. ab 1.1.2009 Art. 3a Abs. 2 EGBGB gelten, sind Ansprüche aus § 2325 BGB ausgeschlossen[2]. Nach zutreffender Meinung gilt dies aber nur, wenn im Erbfall tatsächlich – nicht nur fiktiv – eine Nachlassspaltung eingetreten und mehr als ein Erbstatut anzuwenden ist[3]. Gilt im Erbfall nur das deutsche Erbstatut, macht es für § 2325 BGB keinen Unterschied, ob in- oder ausländisches Vermögen verschenkt worden ist[4].

9. Flucht ins Gesellschaftsrecht und gegenseitige Zuwendungen auf den Todesfall

331 Die Flucht ins Gesellschaftsrecht eröffnet dem Erblasser Gestaltungsmöglichkeiten zur Pflichtteilsreduzierung[5]. Das gilt vor allem für Personen-, weniger für Kapitalgesellschaften[6]. Dieser „Schleichweg" wird aber zunehmend kritisiert. Entsprechende Gestaltungen sind unsicher[7]. Auch die Umschichtung des Vermögens ins Gesellschaftsrecht und die Erbeinsetzung der Pflichtteilsberechtigten in Höhe der Pflichtteilsquote mit dem Ziel, sie gesellschaftsrechtlich zu binden, ist aufwändig und Geschmacksache (Achtung: § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F., dessen Schutz erst durch das Gesetz zur Änderung des *Erb- und Verjährungsrechts* für Erbfälle ab 1.1.2010 entfällt, s. Rz. 160). Im IPR verdrängt das Gesellschaftsstatut das Erbstatut nur teilweise und lässt die Pflichtteile nach zutreffender h.M. unberührt[8].

Gegenseitige Zuwendungen auf den Todesfall sollen ebenfalls ein Gestaltungsmittel zur Pflichtteilsaushölung sein, s. Rz. 204.

---

1 *Haas* in Süß, Erbrecht in Europa, § 3 Rz. 68; *Süß* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 15 Rz. 288; von *Oertzen/Pawlytta* in Scherer, MAH Erbrecht, § 33 Rz. 95; *Steiner*, Testamentsgestaltung bei kollisionsrechtlicher Nachlassspaltung, 2001, S. 154.

2 *Kerscher/Riedel/Lenz*, § 18 Rz. 22; *Fetsch*, RNotZ 2006, 1 (22 f., 32).

3 *Haas* in Süß, Erbrecht in Europa, § 3 Rz. 67; Staudinger/*Haas*, Einl zu §§ 2303 ff. BGB Rz. 69; *Bestelmeyer*, ZEV 2004, 359 (360 f.); *Steiner*, Testamentsgestaltung bei kollisionsrechtlicher Nachlassspaltung, 2001, S. 155; *Merkle*, Pflichtteilsrecht und Pflichtteilsverzicht im Internationalen Erbrecht, 2008, S. 496 (anders bei § 2329 BGB).

4 Zu undifferenziert insoweit *Leible/Sommer*, ZEV 2006, 93 (98); *Eichinger*, ZEV 2003, 513 (514); *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 2017.

5 S. Rz. 251–254.

6 *Wälzholz*, NWB 2008, 4329 (4339).

7 Vor Optimismus warnt auch *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 11 Rz. 92.

8 *Haas* in Süß, Erbrecht in Europa, § 4 Rz. 164 f.; *Fetsch*, RNotZ 2006, 1 (13 f., 31); Palandt/*Thorn*, Art. 3 EGBGB Rz. 4; *Süß* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 15 Rz. 216 f.; m.w.N. zur a.A. (Gesellschaftsstatut verdrängt durch Art. 3 Abs. 3 bzw. Art 3a Abs. 2 EGBGB das Erbstatut insgesamt, auch das Pflichtteilsrecht).

10. Einwirkung auf die Pflichtteilsquote

332 Die Pflichtteilsquote kann zulasten anderer Pflichtteilsberechtigter nicht geschmälert werden, indem der Erblasser nach dem Tod des Erbverzichtenden mit dessen Abkömmlingen den Erbverzicht wieder aufhebt[1].

Die Mindestbeteiligung von Pflichtteilsberechtigten kann durch Schaffung neuer Pflichtteilsberechtigter (Heirat, Adoption eines minder- oder volljährigen Kinds, mit dem der Erblasser einen neuen Stamm schafft[2], z.B. des Stiefkinds) drastisch gemindert werden. Eine Adoption, die nur aus Gründen der Pflichtteilsreduzierung erfolgt, hat keine Wirkung, was praktisch kaum zu beweisen ist[3]. Bei der Volljährigenadoption ist den Kindern des Annehmenden rechtliches Gehör zu gewähren[4].

11. Gestaltungsmöglichkeiten verheirateter Erblasser

333 Der Güterstand bestimmt die Pflichtteilsquote, §§ 2303, 1931, 1371 BGB. Der Wechsel des Güterstands kann zur Pflichtteilsreduzierung genutzt werden:

334 Der **gesetzliche Güterstand**[5] ist zulasten von Kindern ratsam, wenn mehr als ein Kind vorhanden ist[6]. Bei ausländischen oder deutsch-ausländischen Ehen ist die Erhöhung des Ehegattenerbteils nach § 1371 BGB nur möglich, wenn die deutsche Zugewinngemeinschaft gewählt wird (güterrechtliche Rechtswahl, Art. 15 Abs. 2 EGBGB[7]). Die bestehende Gütertrennung oder Gütergemeinschaft sollte nicht rückwirkend aufgehoben werden. Das Scheidungsrisiko kann durch die Vereinbarung eines modifizierten Zugewinnausgleichs minimiert werden. Ein **Güterstandswechsel** vom gesetzlichen Güterstand in die Gütertrennung ist – auch als Vermögensschutz[8] und aus steuerlicher Sicht[9] – zu prüfen, wenn ein Ehegatte **erheblichen Zugewinn** hat. Mit dem Wechsel entsteht der Anspruch auf den Zugewinnausgleich, §§ 1372, 1378 Abs. 1, 3 BGB. Vermögensübertragungen zur Abgeltung dieses Anspruchs sind

1 BGH v. 24.6.1998 – IV ZR 159/97, ZEV 1998, 304 (Erbverzicht kann nur zu Lebzeiten der Erbverzichtsparteien aufgehoben werden); *Kuchinke*, ZEV 2000, 169 (172); a.A. *Muscheler*, ZEV 1999, 49 (52).

2 Die Adoption eines Enkels hat – weil es den Stamm schon gibt – grds. keine pflichtteilsmindernde Wirkung.

3 Zur missbräuchlichen Adoption Palandt/*Edenhofer*, § 2281 BGB Rz. 6.

4 BVerfG v. 20.10.2008 – 1 BvR 291/06, download unter www.bundesverfassungsgericht.de. Zur Adoption eines Volljährigen OLG München v. 17.8.2005 – 31 Wx 057/05, OLGReport 2006, 17; OLG München v. 19.12.2008 – 31 Wx 49/08, ZEV 2009, 83; *Becker*, ZEV 2009, 25 ff.

5 Auch wegen § 5 Abs. 1 ErbStG vorteilhaft, weil der Zugewinn steuerfrei ist, *Wegmann*, ZEV 1996, 201.

6 *Reimann*, ZEV 1997, 129 (132). Tabelle über Erb- und Pflichtteilsquoten s. Rz. 22.

7 S. Kapitel F Rz. 117 ff.

8 *Ponath*, ZEV 2006, 49, (55).

9 Die Erfüllng des Zugewinnausgleichs unterliegt nicht der Schenkungsteuer, § 5 Abs. 2 ErbStG; *Slabon*, Erbfolgebesteuerung 2005, 46 (49).

dann zulasten der Kinder **nicht** mit § 2325 BGB anzugreifen[1]. Teilweise wird vorgeschlagen, später zur Zugewinngemeinschaft mit erhöhtem Ehegattenerbteil „zurückzuschaukeln", um die Pflichtteile der Kinder weiter zu mindern, s. Rz. 337.

Hat der Erblasser nur ein Kind und besteht lediglich ein geringer Zugewinnausgleich seines Ehegatten, kann der gesetzliche Güterstand zur Verminderung des Ehegattenpflichtteils sinnvoll sein[2]. Grund: Der enterbte Ehegatte darf nur den kleinen Pflichtteil und einen konkreten Zugewinnausgleich beanspruchen, § 1371 Abs. 2 BGB[3]. Die Benachteiligung des Ehegatten ist auch zu erreichen, indem die pauschale Erbteilserhöhung nach § 1371 Abs. 1 BGB ehevertraglich ausgeschlossen wird[4].

Gütertrennung ist i.d.R. ratsam, wenn es dem Erblasser darum geht, die Nachlassbeteiligung seines Ehepartners zu beschränken. 335

Gütergemeinschaft hilft dem reichen Gatten, dessen Vermögen mehr als dreimal so groß ist wie dasjenige seines Ehegatten[5], die Bemessungsgrundlage für den Pflichtteilsanspruch seiner Abkömmlinge zu reduzieren. Durch die Bildung des Gesamtguts wird die Hälfte des Vermögens auf den Ehepartner übertragen[6]. Die Pflichtteilsreduzierung ist erheblich, wenn die Kinder nur vom vermögenden Ehegatten abstammen[7]. Die Vereinbarung der fortgesetzten Gütergemeinschaft nach §§ 1483 ff. BGB zur Pflichtteilsreduzierung ist grundsätzlich nicht adäquat[8]. 336

Umstritten sind sog. **Güterstandsschaukeln**. Dabei wechseln die Ehegatten nach einem einheitlichen Plan den Güterstand, um die Bemessungsgrundlage des Pflichtteils zu reduzieren. Anschließend vereinbaren sie wieder einen pflichtteilsquotengünstigen Güterstand. Eine Meinung[9] lässt zu, dass die Ehegatten nach Vereinbarung der Gütertrennung und Durchführung des Zugewinnausgleichs wieder in den gesetzlichen Güterstand zurückzukehren, um damit die Erhöhung der Pflichtteilsquote rückgängig zu machen. Nach zutref- 337

1 *Kornexl*, Nachlassplanung bei Problemkindern, 2006, Rz. 701; *Wall*, ZEV 2007, 249 (251); *Ponath*, ZEV 2006, 49, (54: nicht unentgeltlich); *Dickhuth-Harrach*, S. 223; *Wegmann*, ZEV 1996, 201 (205); *Brambring*, ZEV 1996, 248 (253); *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 11 Rz. 82.
2 *Thoma*, ZEV 2003, 278.
3 S. Rz. 19; *Thoma*, ZEV 2003, 278.
4 BGH v. 15.2.1971 – BReg. 1 Z 90/70, NJW 1971, 991.
5 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 11 Rz. 79; *Worm*, RNotZ 2003, 535 (539, warnend vor Gütergemeinschaft); *Kornexl*, Nachlassplanung bei Problemkindern, 2006, Rz. 695.
6 Dies verwirklicht den Steuertatbestand in § 7 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG.
7 S. Rz. 214.
8 Vgl. *Worm*, RNotZ 2003, 535 (555).
9 *Wegmann*, ZEV 1996, 201 (206); *Hayler*, DNotZ 2000, 681 (689); *Worm*, RNotZ 2003, 535 (539, ein „erhebliches Risiko" durch die pflichtteilsfreundliche Rspr. einräumend).

fender a.A.[1] ist der doppelte Güterstandswechsel zur Pflichtteilsreduzierung rechtsmissbräuchlich. Der BGH dürfte sich dieser Meinung anschließen[2]. Fraglich ist, welche Rechtsfolgen der Rechtsmissbrauch hat. Nach einer Ansicht liegt im ersten Güterstandswechsel[3], nach **a.A.**[4] im zweiten eine ehebedingte Zuwendung nach § 2325 BGB. Rechtsprechung ist nicht ersichtlich.

➲ **Beratungshinweis:** Güterstandsschaukeln sind rechtlich unwägbare Borderline-Gestaltungen. Hiervor ist abzuraten[5]. Steuerlich wird die Güterstandsschaukel hingegen anerkannt[6].

Als **Alternative** wird eine **Ehegatteninnengesellschaft** vorgeschlagen, um Pflichtteile nach dem Tode des besser situierten Ehegatten zu reduzieren**.** Sie trage – anders als die Güterstandsschaukel – den Anschein der Rechtsmissbräuchlichkeit nicht in sich. Der Pflichtteilsberechtigte habe Schwierigkeiten, einen ehewidrigen Zweck nachzuweisen[7]. Der durch den Tod des Ehegatten ausgelöste Ausgleichsanspruch nach §§ 730 ff. BGB reduziere den Nachlasss und damit den Pflichtteil. Indes hat der BGH bislang nur Ehegatteninnengesellschaften untersucht, in denen es um einen Vermögensausgleich anlässlich Trennung und Scheidung der Eheleute ging. Der BGH hat noch nicht entschieden, dass der Tod eines Ehegatten die Innengesellschaft mit der Folge eines Ausgleichsanspruchs auflöst. Jedenfalls sind die tatsächlichen Voraussetzungen für eine Ehegatteninnengesellschaft streng[8]. Wenn

1 *Wall*, ZEV 2007, 249 (252 mit Beispielsberechnung); *Ponath*, ZEV 2006, 49, (51); *Brambring*, ZEV 1996, 248 (253) und ZEV 1997, 7 (8); *Dickhuth-Harrach*, S. 224; *Klingelhöffer*, Rz. 343; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 52; MüKo/*Lange*, § 2325 BGB Rz. 26; MüKo/*Kollhosser*, § 516 BGB Rz. 63; *Winkler*, ZEV 2005, 89 (95); *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 119; *Kasper* in Scherer, MAH Erbrecht, § 29 Rz. 133; wohl auch Staudinger/*Haas*, § 2303 BGB Rz. 118 (Indiz für ehefremde Zwecke).

2 *Wall*, ZEV 2007, 249 (251); *Ponath*, ZEV 2006, 49, (51, beim Zurückwechseln innerhalb von 2 Jahren). Vgl. BGH v. 27.11.1991 – VI ZR 266/90, NJW 1992, 558 (Schenkung bei rechtsmissbräuchlicher Begründung der Gütergemeinschaft).

3 *Wall*, ZEV 2007, 249 (252).

4 *Brambring*, ZEV 1996, 248 (254).

5 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 8 Rz. 52; *Winkler*, ZEV 2005, 89 (95); *Kornexl*, Nachlassplanung bei Problemkindern, 2006, Rz. 703.

6 BFH v. 12.7.2005 – II R 29/02, ZEV 2005, 490; anders beim sog. fliegenden Zugewinnausgleich, bei dem kein Güterstandswechsel stattfindet und Schenkungsteuer anfällt, BFH v. 24.8.2005 – II R 28/02, ZEV 2006, 41 mit Anm. *Münch*, ZEV 2006, 44 f.; *Geck*, ZEV 2006, 62 ff.; *Schlünder/Geißler*, NJW 2007, 482 ff.

7 *Wall*, ZEV 2007, 249 (252).

8 BGH v. 28.9.2005 – XII ZR 189/02, NJW 2006, 1268; BGH v. 25.6.2003 – XII ZR 161/01, NJW 2003, 2982; BGH v. 30.6.1999 – XII ZR 230/96, ZEV 1999, 398 (Abgrenzung zu Leistungen in einer Ehegatteninnengesellschaft); hierzu *Langenfeld*, ZEV 2000, 14 f.; BGH v. 20.10.2008 – II ZR 207/07, BGHReport 2009, 245 (allgemeine Voraussetzungen); OLG Karlsruhe v. 25.5.2007 – 13 U 183/05, OLGReport 2008, 679; OLG Saarbrücken v. 13.3.2007 – 4 U 72/06-20, OLGReport 2007, 493; *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2006, Rz. 1762 ff.; *Coester*, JZ 2008, 315 (316); *Löhnig*, DNotZ 2009, 59 (60).

bereits eine Ehegattenaußengesellschaft pflichtteilsrechtlich skeptisch zu prüften ist[1], wird das bei einer bloßen Innengesellschaft erst recht gelten. Mithin ist auch die Flucht in eine Ehegatteninnengesellschaft eine **Borderline-Gestaltung**.

Die Reduzierung des Nachlasses durch Vermögensübertragung auf den Ehepartner im Wege ehebedingter Zuwendungen ist nach dem BGH grundsätzlich nicht pflichtteilsergänzungsfest, § 2325 Abs. 3 Satz 3 BGB[2]. 338

12. Vertrag über den künftigen Pflichtteil, § 311b Abs. 5 BGB

Ein in der Praxis zu selten genutztes Mittel ist die Vereinbarung[3] unter künftigen gesetzlichen Erben über Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche. Eine Abfindung ist steuerbar. Die Steuerklasse richtet sich nach dem Verhältnis des Zuwendungsempfängers zum künftigen Erblasser[4]. 339

13. Strategien in Verfügungen von Todes wegen

Die **Nacherbfolge** ist ein denkbares Instrument, Pflichtteilsansprüche von **Schwiegerkindern** oder Abkömmlingen, die nur von einem Erblasser abstammen[5], zu minimieren. Das gilt auch für einen lästigen Enkel[6]. 340

Beispiel:

Mandant will seinen Sohn bedenken, dessen Gattin aber ausschalten. Hier kann der Sohn zum Vorerben und der Enkel als Nacherbe eingesetzt werden. Die Vorerbschaft zählt nicht zum Vermögen seines Sohns. Der Wert der Vorerbschaft erhöht also nicht die Pflichtteilsansprüche der Schwiegertochter nach dem Tod des Sohns.

➲ **Beratungshinweis:** Die Nacherbfolge schafft hoch komplizierte Rechtsverhältnisse[7]. Sie sollte nur empfohlen werden, wenn es dem Erblasser im Wesentlichen um die Pflichtteilsreduzierung geht[8].

---

1 *Nieder/Kössinger*, § 21 Rz. 147; *Wegmann*, ZEV 1998, 135 (136); *Dickhuth-Harrach*, S. 228; *Kornexl*, Nachlassplanung bei Problemkindern, 2006, Rz. 685; s. auch Rz. 251–253.

2 S. Rz. 211 ff.; übersehen von AG Andernach v. 1.3.2007 – 6c 1189/06, FamRZ 2008, 190 und LG Koblenz v. 19.4.2007 – 6 S 85/07 (nicht veröffentlicht).

3 Zum Normzweck BGH v. 23.11.1994 – IV ZR 238/93, NJW 1995, 448; *Kaufhold*, ZEV 1996, 454 (456 ff.).

4 BFH v. 25.1.2001 – II R 22/98, ZEV 2001, 163.

5 *Dickhuth-Harrach*, S. 205; *Langenfeld*, Testamentsgestaltung, § 3 Rz. 213.

6 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 11 Rz. 61.

7 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 11 Rz. 22.

8 *Jülicher/Klinger*, NJW-Spezial 2007, 157; *Langenfeld*, Testamentsgestaltung, § 3 Rz. 214; *Dickhuth-Harrach*, S. 206.

Als **Alternative** zur Nacherbfolge wird ein aufschiebend befristetes **Herausgabevermächtnis** auf den Tod des Erben empfohlen[1]. Dem ist zuzustimmen. Grund: Beim Tod des Erben ist dessen Nachlass durch das Herausgabevermächtnis mit einer Nachlassverbindlichkeit belastet, was die Pflichtteilsansprüche seiner Pflichtteilsberechtigten kürzt. Indes ist fraglich, ob das Vermächtnis als Nachlassverbindlichkeit vom pflichtteilsrelevanten Nachlass des Erben abgezogen werden darf, wenn es in Abweichung von § 2176 BGB erst mit dem Tode des beschwerten Erben anfällt[2]. Sicherer ist, das Vermächtnis sofort mit dem ersten Erbfall anfallen zu lassen und es erst mit dem Tod des Erben fällig zu stellen[3].

Schließlich wird als weitere **Alternative** zur Nacherbfolge die Anordnung eines **Vor- und Nachvermächtnisses** vorgeschlagen. Grund: Beim Tod des Erben ist dessen Nachlass durch das Nachvermächtnis mit einer Nachlassverbindlichkeit belastet, was die Pflichtteilsansprüche seiner Pflichtteilsberechtigten kürzt. Nach abzulehnender Mindermeinung ist diese Konstruktion nicht pflichtteilsfest[4].

341 **§ 2306 Abs. 1 BGB** bietet Gestaltungsspielräume zulasten des Pflichtteilsberechtigten. Er kann auf einen (für Erbfälle bis 31.12.2009: seine Pflichtteilsquote übersteigenden) Erbteil eingesetzt werden, der mit schwer bewertbaren Belastungen versehen wird. Insbesondere über Vorausvermächtnisse an Miterben, Teilungsanordnungen und Vermächtnissen kann die wirtschaftliche Teilhabe des Pflichtteilsberechtigten unter die Pflichtteilsgrenze gesenkt werden, soweit keine form- und fristgemäße Ausschlagung (6-Wochenfrist) erfolgt[5]. Dem Pflichtteilsberechtigten können auch **Anreize** gegeben werden, nicht auszuschlagen, etwa durch Zuwendung eines Gegenstands, an dem er ein besonderes Interesse hat.

– Für Erbfälle bis 31.12.2009 gilt: Um den Wegfall der Belastungen nach **§ 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F.** zu vermeiden, muss der hinterlassene Erbteil die Pflichtteilsquote übersteigen **(Haftungsfalle)**. Diese Rechtsfolge kann der Erblasser auch nicht durch eine **socinische Klausel** im Testament ver-

1 *Nieder/Kössinger*, § 10 Rz. 144; *Jülicher/Klinger*, NJW-Spezial 2007, 157; *Reimann*, MittBayNot 2002, 4 ff.; *Langenfeld*, Testamentsgestaltung, § 3 Rz. 271; s. Rz. 56.

2 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 11 Rz. 25, a.A. *Reimann*, MittBayNot 2002, 4 (7); *Worm*, RNotZ 2003, 535 (553, keine Bedenken).

3 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 11 Rz. 22 (zu testieren ist, dass sich die Herausgabepflicht auf den Überrest beschränkt, keine Substanzerhaltungspflicht des Erben besteht und wechselseitige Aufwendungs- und Nutzungsansprüche ausgeschlossen sind). Kritisch hierzu *Reimann*, MittBayNot 2002, 4 (7).

4 *Werkmüller*, ZEV 1999, 343 (344); anders zu Recht *Randt*, BWNotZ 2001, 73 (76); *Muscheler*, AcP 2008, 69 (94); *Möller*, EE 2006, 172 (175); *Jülicher/Klinger*, NJW-Spezial, 2007, 157; Staudinger/*Haas*, § 2311 BGB Rz. 38a; *Müko/Lange*, § 2311 BGB Rz. 11; *Nieder/Kössinger*, § 10 Rz. 153; *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 11 Rz. 28; s. Rz. 56.

5 S. Rz. 167 f.

meiden[1]. Zulässig ist die Klausel aber im Anwednungsbereich von **§ 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F.** Danach gewährt der Erblasser dem Pflichtteilsberechtigten einen belasteten Erbteil, der seinen Pflichtteil übersteigt. Unter der Bedingung, dass der pflichtteilsberechtigte Miterbe mit den Belastungen nicht einverstanden ist und wirksam ausschlägt, wird er nochmals als unbelasteter Erbe eingesetzt mit einer Quote, die seinem Pflichtteil entspricht[2]. Diese Testamentsgestaltung wird in der Praxis aber oft abgelehnt, da die Erblasser ein ungeliebtes Kind nicht in der Erbengemeinschaft wissen möchten.

– Für Erbfälle ab 1.1.2010 gilt: *Nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts*[3] *ist die socinische Klausel stets zulässig, da § 2306 BGB geändert wurde*[4]*, s. Rz. 160.*

Im Übrigen geht nur die praktisch seltene Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht nach § 2338 BGB § 2306 BGB vor[5].

342 Das **Testament** mit **Nießbrauchsvermächtnis**[6] wird in der Praxis zu wenig zur Pflichtteilsreduzierung genutzt. Der Pflichtteilsberechtigte wird als Erbe eingesetzt, dem überlebenden Ehepartner zugleich ein umfassendes Nießbrauchsvermächtnis eingeräumt. Damit kann der Erblasser sein Ziel, den überlebenden Partner zu sichern und Anreize zu geben, den Pflichtteil nicht geltend machen, gut erreichen. Ferner ist diese Gestaltung i.d.R. erbschaftsteuerlich günstig.

➲ **Beratungshinweis:** Der Nießbrauch gewährt nur eine eingeschränkte Verfügungsmacht. Viele Ehepaare fürchten, als Nießbrauchsberechtigter gegenüber den Kindern nur Bittsteller zu sein.

343 Die Pflichtteilslast kann reduziert werden, wenn der Pflichtteilsberechtigte mit einem unbelasteten Erbteil unter seiner Pflichtteilsquote bedacht wird. Ihm verbleibt nur ein geringerer Geldanspruch in Höhe des Zusatzpflichtteils, § 2305 BGB (der für Erbfälle ab 1.1.2010 zulasten des Pflichtteilsberechtigten geändert worden ist, s. Rz. 170).

344 Gestaltungsmöglichkeiten bietet auch ein **Vermächtnis** zugunsten des Pflichtteilsberechtigten. Der Erblasser darf dessen **Wert** frei bestimmen[7], sofern es nicht ausgeschlagen wird. Ebenso ist ein Vermächtnis unter der Bedingung, dass damit auf den Restpflichtteil verzichtet wird, zulässig[8]. Wendet der Erblasser dem Pflichtteilsberechtigten ein Vermächtnis zu, an dem ihm liegt, besteht ein Anreiz, dass er von der Ausschlagung nach § 2307 BGB absieht.

1 BGH v. 28.10.1992 – IV ZR 221/91, NJW 1993, 1005.
2 *Kornexl*, Nachlassplanung bei Problemkindern, 2006, Rz. 645 ff.
3 BT-Drs. 16/8954 v. 24.4.2008.
4 Ebenso *Keim*, NJW 2008, 2072 (2075).
5 S. Rz. 312.
6 Ausführlich *Nieder/Kössinger*, S. 10 Rz. 157 ff.
7 Staudinger/*Haas*, § 2307 BGB Rz. 18.
8 Staudinger/*Haas*, § 2307 BGB Rz. 22.

345 In Berliner Testamenten verfügen Ehegatten regelmäßig **Pflichtteilsstrafklauseln**[1], dass die Abkömmlinge nach dem Tode des Erstversterbenden den Pflichtteil nicht verlangen sollen, andernfalls sie auch im Schlusserbfall **automatisch enterbt** und auf den Pflichtteil gesetzt sind. Strafklauseln sind üblich und auch nach dem Urteil des BVerfG, wonach das Pflichtteilsrecht der Kinder nach Art. 6, 14 GG[2] geschützt ist, zulässig[3]. Bei der **Jastrow'schen Klausel** ist die Abschreckungs- und Belohnungswirkung[4] am größten.

Formulierungsbeispiel für automatische Strafklausel mit Jastrow'schem Vermächtnis[5]:

„Macht eines unserer Kinder nach dem Tode des Erstversterbenden den Pflichtteil gegen den Willen des Überlebenden geltend, ist es mit seinen Abkömmlingen auch nach dem Tode des Letztversterbenden enterbt. Geltendmachung liegt bereits vor, wenn ein Kind (bzw. dessen Erben oder Abkömmlinge) vom Überlebenden Auskunft über den Nachlass verlangt. Der erstversterbende Elternteil vermacht für diesen Fall den anderen Kindern, die den Pflichtteil nicht verlangt haben, einen Geldanspruch in Höhe des Werts ihrer gesetzlichen Erbanteile *(alternativ und milder: in Höhe ihres Pflichtteils)*, der bis zum Tode des Überlebenden gestundet ist. Die Vermächtnisse sind der Höhe nach auf den beim Schlusserbfall verbleibenden Nachlass begrenzt und ab dem Tode des Erstversterbenden mit 3,5 % Zinsen jährlich zu verzinsen. Die Vermächtnisse sind nur an Abkömmlinge vererblich und übertragbar. Sicherung zu Lebzeiten des Letztversterbenden kann nicht verlangt werden, ebenso wenig die Feststellung des Vermächtnisbetrags."

Die automatisch wirkenden Pflichtteilsstrafklauseln werden als Gestaltungsmittel teilweise unkritisch empfohlen[6]. In der Beratungspraxis findet sie regelmäßig Beifall. Eltern befürchten, dass die Kinder Druck auf den Überlebenden ausüben, wenn die Enterbung im Schlusserbfall nicht automatisch, sondern

1 Ausführlich Kapitel B VII Rz. 72 ff.; Staudinger/*Kanzleiter*, § 2269 BGB Rz. 54 ff.; *J. Mayer*, MittBayNot 1999, 265 ff.; *Langenfeld*, Testamentsgestaltung, § 3 Rz. 340; *Worm*, RNotZ 2003, 535 (550).

2 BVerfG v. 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00, NJW 2005, 1561.

3 Stillschweigend BGH v. 19.10.2005 – IV ZR 235/05, ZEV 2006, 76; BGH v. 12.7.2006 – IV ZR 298/03, NJW 2006, 3064; *Wendt*, ZNotP 2008, 2 (9); *Purrucker*, ZEV 2008, 343 (344); zweifelnd *Weiler*, MittBayNot 2006, 296 (303); offen *J. Mayer*, MittBayNot 2007, 19 (22).

4 *Dickhuth-Harrach*, S. 210; *Nieder/Kössinger*, § 14 Rz. 77 ff.

5 Für die Formulierung *„in Verzug begründender Weise geltend macht"* *Kornexl*, Nachlassplanung bei Problemkindern, 2006, Rz. 898; ebenso *Tanck* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 12 Rz. 49; für *„Anspruch durchsetzen"* *Langenfeld*, Testamentsgestaltung, Rz. 341; für *„verlangen und erhalten"* *Radke*, ZEV 2001, 136 (139); s. auch *Siebert*, EE, 2004, 138 ff.; *Worm*, RNotZ 2003, 535 (550 f.); *Sarres*, ZEV 2004, 407 (408).

6 *Siebert*, EE, 2004, 138 ff.; abwägend *Worm*, RNotZ 2003, 535 (550).

nur fakultativ mit dem Pflichtteilsverlangen erfolgt. Nach a.A. empfiehlt sich bei **wechselbezüglicher** Schlusserbeneinsetzung ein **bloßer Änderungsvorbehalt** zugunsten des Überlebenden, wenn der Pflichtteil verlangt wird[1].

Formulierungsbeispiel für fakultative Strafklausel:

„Macht eines unserer Kinder nach dem Tode des Erstversterbenden den Pflichtteil gegen den Willen des Überlebenden geltend, so ist der Überlebende von uns frei, das Kind mitsamt seinen Abkömmlingen in einer anderen letztwilligen Verfügung zu enterben. Geltendmachung liegt bereits vor, wenn ein Kind (bzw. dessen Erben oder Abkömmlinge) vom Überlebenden Auskunft über den Nachlass verlangt."

Selten ist die dritte und mildeste Form der Strafklausel, wonach der Schlusserbe, der beim ersten Erbfall seinen Pflichtteil erhält, sich dessen Wert auf seinen Erbanteil am Nachlass des Letztversterbenden anrechnen lassen muss. Der Berater sollte die jeweilige Strafklausel jedenfalls **sorgsam formulieren**[2]. Gründe:

- Fraglich ist bei vielen letztwilligen Standardklauseln bereits, wann der Pflichtteil *„verlangt"* oder *„geltend gemacht"* wird, was auslegungsbedürftig ist[3]. Unklar ist auch die Formel, dass der Pflichtteil *„geltend gemacht und bezahlt"* wird[4].
- Die Strafklausel kann auch nach dem Tod des überlebenden Ehegatten, nach Annahme der Schlusserbschaft und nach Verjährung des Pflichtteils herbeigeführt werden, worüber ein Anwalt aufzuklären hat (**Haftungsfalle**)[5]. Die Rechtsfolgen lassen sich nicht durch eine Rückzahlung des Pflichtteils beseitigen[6].

1 *Worm*, RNotZ 2003, 535 (556).
2 *Langenfeld*, Testamentsgestaltung, § 3 Rz. 342; *Worm*, RNotZ 2003, 535 (552, 556).
3 BGH v. 12.7.2006 – IV ZR 298/03, NJW 2006, 3064; BayObLG v. 20.3.1990 – 1 ZS 1a z 65/88, MDR 1990, 723 (bewusster Verstoß gegen Strafklausel ohne dolus malus ausreichend; Verlangen setzt keine Pflichtteilszahlung voraus; der Versuch, den Pflichtteil zu erhalten, ist ausreichend); BayObLG v. 23.10.1990 – BReg. 1a Z/50/90, FamRZ 1991, 494 (Auskunft ist kein Verlangen); OLG Düsseldorf v. 6.11.1998 – 7 U 282/97, FamRZ 1999, 1097 (Auskunft ist kein Verlangen, selbst bei der Ankündigung, anschließend den Zahlungsantrag zu erheben); LG Kiel v. 25.6.1996 – 3 U 8/95, ZEV 1997, 331 (kein Verlangen ist das Verhandeln über den Pflichtteil); s. *Worm*, RNotZ 2003, 535 (552); OLG München v. 29.3.2006 – 31 Wx 007/06, 008/06, ZErb 2006, 203 (Zahlung des Pflichtteils als hochverzinsliches Darlehen gestundet mit Grundschuldabsicherung ist Verlangen); OLG München v. 29.1.2008 – 31 Wx 068/07, ZEV 2008, 341 (Verlangen auch bei objektiv unberechtigter Pflichtteilsforderung) mit krit. Anm. *Purrucker*, ZEV 2008, 343 f., *J. Mayer*, MittBayNot 2007, 19.
4 OLG Zweibrücken v. 30.10.1998 – 3 W 116/98, ZEV 1999, 187; hierzu *Worm*, RNotZ 2003, 535 (552).
5 BGH v. 12.7.2006 – IV ZR 298/03, NJW 2006, 3064; *Wendt*, ZNotP 2008, 2 (8); kritisch *Keim*, NJW 2007, 974 ff. und *Purrucker*, ZEV 2007, 126 f.
6 BayObLG v. 20.1.2004 – 1Z BR 134/02, OLGReport 2004, 211; OLG Karlsruhe v. 6.8.2004 – 14 U 205/02, OLGReport 2005, 129 (nachträgliches Verhalten irrelevant).

– Greift die Strafklausel bereits dann, wenn ein Ergänzungspfleger oder die den Pflichtteil erbende Schwiegertochter den Pflichtteil geltend machen[1]?

– Bei gemeinschaftlichen **Behindertentestamenten** ist von einer Strafklausel dringend abzuraten[2]. Der Sozialhilfeträger ist aufgrund der Klausel im Zweifel nicht gehindert, den Pflichtteilsanspruch nach dem erstversterbenden Ehegatten gemäß § 90 Abs. 1 BSHG – seit 1.1.2005 § 93 SGB XII[3] – auf sich überzuleiten[4].

– Die Strafklauseln können sinnvolle Handlungsspielräume beschränken (z.B. die gütliche Pflichtteilsregulierung aus Gründen der Erbschaftsteuerreduzierung)[5]. Die Jastrow'sche Klausel führt erbschaftsteuerlich dazu, dass das Vermächtnis als Erwerb vom überlebenden Ehegatten anzusehen ist, § 6 Abs. 4 ErbStG[6]. Der Freibetrag nach dem erstversterbenden Elternteil geht grundsätzlich verloren.

– Eine Strafklausel ohne ausdrückliche Bezeichnung von Schlusserben kann zu Streit führen, ob sie sich in bedingter Enterbung erschöpft oder sie eine konkludente **Schlusserbenbestimmung** enthält[7].

➲ **Beratungshinweise**: Erhält das Berliner Testament keine Pflichtteilsstrafklausel, kann der pflichtteilsberechtigte Schlusserbe – wenn gegen ihn Pflichtteile nach dem Tode des überlebenden Elternteils geltend gemacht werden – seinen eigenen Pflichtteil nach dem Tod des erstversterbenden Elternteils auch dann noch verlangen, wenn er wegen Konfusion erloschen ist[8]. Diese Nachlassverbindlichkeit mindert den Nachlass des überlebenden Elternteils und damit den „gegnerischen Pflichtteil". Das gilt nicht, wenn ausnahmsweise ein konkludenter Erlass auf den Pflicht-

1 *Worm*, RNotZ 2003, 535 (551 m.w.N.) *Nieder/Kössinger*, § 4 Rz. 85 f.

2 *Kornexl*, Nachlassplanung bei Problemkindern, 2006, Rz. 295; *Spall*, ZEV 2004, 28 und MittBayNot 2003, 356; MüKo/*Lange*, § 2317 BGB Rz. 10; *Ivo*, ZErb 2004, 174 ff.; *J. Mayer*, MittBayNot 2005, 286 ff.

3 Die Rechtslage ändert sich dadurch nicht, *Klinger*, NJW-Spezial, 2004, 301.

4 BGH v. 19.10.2005 – IV ZR 235/03, ZEV 2006, 76; OLG Karlsruhe v. 24.9.2003 – 9 U 59/03, FamRZ 2004, 410 (einschränkende Auslegung der Pflichtteilsklausel); ausdrücklich gebilligt von BGH v. 8.12.2004 – IV ZR 223/03, ZEV 2005, 117 mit Anm. *J. Mayer*, MittBayNot 2005, 286 ff.; *Wendt*, ZNotP 2008, 2 (9); *Spall*, ZEV 2004, 28; *Ivo*, ZErb 2004, 174 ff.; a.A. noch LG Konstanz v. 26.2.2003 – 5 O 329/02, MittBayNot 2004, 398; OLG Frankfurt v. 7.10.2004 – 14 U 233/02, ZEV 2004, 24 (weil der Sozialhilfeträger auch das Ausschlagungsrecht des Pflichtteilsberechtigten nach § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht auf sich überleiten dürfe).

5 *J. Mayer* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 11 Rz. 44; *Worm*, RNotZ 2003, 535 (554); *Müller/Grund*, ZErb 2007, 205 (Pflichtteil aus erbschaftsteuerlichen Gründen).

6 *Kornexl*, Nachlassplanung bei Problemkindern, 2006, Rz. 903.

7 Restriktiv insoweit zurecht OLG Karlsruhe v. 19.1.2006 – 14 Wx 28/05, ZEV 2006, 409; *J. Mayer*, MittBayNot 2007, 19 ff.; *Fischer*, ZEV 2005, 189 ff.; OLG Celle v. 7.11.2002 – 6 W 97/02, OLGReport 2003, 63; OLG Hamm v. 26.2.2004 – 15 W 486/03, OLGReport 2004, 210.

8 BGH v. 22.10.1986 – IVa ZR 143/85, NJW 1987, 1260; BGH v. 13.7.1983 – IVa ZR 15/82, NJW 1983, 2875; *Nieder/Kössinger*, § 14 Rz. 87.

teil nach dem Tode des erstversterbenden Elternteils durch Annahme der Schlusserbschaft vorliegt[1]. Ferner ist zu prüfen, ob der Pflichtteil nach dem Tode des erstversterbenden Elternteils auf die Schlusserbfolge eines Abkömmlings anzurechnen ist[2].

X. Pflichtteilsvergleich

346 Ein **Vergleich** über die Pflichtteilsregulierung ist ratsam. Er fördert den Familienfrieden und erschließt Gestaltungsspielraum. Er bedarf keiner Form, soweit wenn nicht formbedürftige Vereinbarungen erfolgen (z.B. über Grundstücke, GmbH-Anteile). **Checkliste:**

- Teilvergleich schließen bei langwierigen Pflichtteilsregulierungen.
- Wertfeststellungen und ggf. Pflichtteilsquote[3] verbindlich vereinbaren.
- Zusicherung, dass der reale und fiktive Nachlass vollständig, sorgfältig und richtig angegeben ist.
- Umfang der **Abgeltungsklausel** präzise formulieren, Nachabfindungsansprüche aus § 2313 BGB oder bei Änderung des Nachlassbestands sichern.
- Leistungen **vollstreckungsfähig** formulieren, gerichtliche Protokollierung veranlassen, ggf. über 278 Abs. 6 ZPO.

Formulierungsvorschlag 347

Vereinbarung

Die Erbengemeinschaft nach Frau/Herr . . ., gestorben am . . ., bestehend aus . . .

– nachfolgend Erbengemeinschaft –

und . . .

– nachfolgend Pflichtteilsberechtigter –

schließen folgenden Vergleich:

§ 1 Vergleichsgegenstand

1. Am . . . ist Frau/Herr . . ., geb. am . . ., verstorben (im folgenden Erblasser). Nach dem Testament/Erbvertrag des Erblassers vom . . . ist der Pflichtteilsberechtigte enterbt und die Erbengemeinschaft Rechtsnachfolger.

1 BGH v. 12.7.2006 – IV ZR 298/03, NJW 2006, 3064; *Keim*, NJW 2007, 974 (975); BGH v. 15.1.2002 – X ZR 91/00, NJW 2002, 1044.

2 BGH v. 12.7.2006 – IV ZR 298/03, NJW 2006, 3064; Staudinger/*Kanzleiter*, § 2269 BGB Rz. 62.

3 Eine Anpassungsklausel ist erwägenswert, wenn weitere Pflichtteilsberechtigte vorhanden sein können, vgl. OLG Koblenz v. 28.6.2007 – 5 U 209/07, ZErb 2008, 87.

2. Der Pflichtteilsberechtigte hat eine Pflichtteilsquote von . . .

3. Der Bestand und Wert des Nachlasses folgen aus beigefügtem Nachlassverzeichnis, das als verbindlich anerkannt wird.

§ 2 Zahlung

1. Die Erbengemeinschaft zahlt samtverbindlich . . . Euro an den Pflichtteilsberechtigten bis spätestens zum . . .

2. Die Zahlung hat auf folgende Bankverbindung zu erfolgen: . . . BLZ . . . Kto.Nr. . . .

3. Gerät die Erbengemeinschaft in Zahlungsrückstand – gleich aus welchen Gründen –, ist der Betrag gem. § 288 BGB zu verzinsen.

§ 3 Zusicherung

1. Die Erbengemeinschaft sichert zu, dass sie das Nachlassverzeichnis vollständig, richtig und sorgfältig erstellt hat, insbesondere keine (weiteren) Schenkungen nach §§ 2325, 2330 BGB oder Vorempfänge nach § 2316 BGB bekannt sind.

2. Der Pflichtteilsberechtigte sichert zu, dass er keine (weiteren) Vorempfänge oder Schenkungen nach §§ 2315, 2316, 2327 BGB erhalten hat.

§ 4 Abgeltungsklausel, Nachabfindung

1. Mit vollständiger Erfüllung der Vereinbarung sind alle Ansprüche zwischen den Parteien aus dem Nachlass des Erblassers, insbesondere alle denkbaren Pflichtteilsansprüche erledigt und abgegolten. Die Angelegenheit findet damit rechtlich und wirtschaftlich ihren Abschluss.

2. Nachabfindung.

a) Die Erbengemeinschaft hat gegen . . . eine Nachlassforderung von . . . Euro vor dem LG . . . Az.: . . . eingeklagt. Die Forderung ist zweifelhaft, § 2313 BGB. Die Nachabfindung hat unverzüglich zu erfolgen.

b) Der Pflichtteilsberechtigte hat einen Anspruch gegen die Erbengemeinschaft auf Auskunft über die Nachabfindung gemäß § 2314 BGB.

§ 5 Kosten

Die Kosten werden gegeneinander aufgehoben.

Ort, Datum	Ort, Datum
Unterschrift	Unterschrift

XI. Taktik im Pflichtteilsprozess

1. Zuständigkeit

Örtlich zuständig ist das Gericht, an dem der Erblasser zum Zeitpunkt des Todes seinen allgemeinen Gerichtsstand hatte, regelmäßig der letzte Wohnort, §§ 27, 13 ZPO. Der Gerichtsstand ist nicht ausschließlich[1]. Bei einem nach deutschem Recht beerbten Erblasser, der seinen letzten Wohnsitz im Ausland hatte, gilt der letzte inländische Wohnsitz, § 27 Abs. 2 ZPO. § 27 ZPO greift bei einem deutschen Erblasser stets, auch wenn nach Art. 3 Abs. 3 EGBGB bzw. seit dem 1.1.2009 Art. 3a Abs. 2 EGBGB ausländisches Erbstatut gilt und kein Nachlass im Inland vorhanden ist[2]. § 27 ZPO ist auch für Ansprüche gegen den Beschenkten aus § 2329 BGB anwendbar[3]. 348

Die **sachliche** Zuständigkeit folgt allgemeinen Regeln[4]. Der Zuständigkeitsstreitwert einer Stufenklage berechnet sich durch Addition der einzelnen Stufen, § 5 Halbs. 1 ZPO[5]. Der Pflichtteilsberechtigte muss sich auf ein in einer letztwilligen Verfügung angeordnetes privates **Schiedsgericht** nicht einlassen (streitig)[6]. 349

Wird über das Vermögen des **Erben** das **Insolvenzverfahren** eröffnet, ist nicht der Erbe, sondern der Insolvenzverwalter der richtige Beklagte. Das gilt auch bei einer angeordneten Testamentsvollstreckung, wobei die Verurteilung des Insolvenzverwalters auf den vom Testamentsvollstrecker verwalteten Nachlass zu beschränken ist[7]. Überdies ist darauf zu achten, dass die Pflichtteilsansprüche zur Insolvenztabelle angemeldet werden.

Die Beantragung der **Nachlass-**[8] **oder Prozesspflegschaft** nach §§ 1960, 1961 BGB (s. Kapitel C III Rz. 6 ff.) ist ein taktisches Mittel zur Vermeidung einer risikobehafteten Pflichtteilsklage bei unsicherer Erbfolge, solange die Enterbung des Pflichtteilsberechtigten feststeht[9].

---

1 *Tanck* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 14 Rz. 14.
2 *Süß* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 15 Rz. 302.
3 *Zöller/Vollkommer*, § 27 ZPO Rz. 8.
4 Ausnahme: § 119 Abs. 1 Nr. 1c GVG (Berufungszuständigkeit des OLG bei Anwendung ausländischen Rechts durch das AG).
5 OLG Brandenburg v. 15.11.2001 – 1 AR 44/01, MDR 2002, 536; *Zöller/Herget*, § 3 ZPO Rz. 16 unter „Stufenklage".
6 *Haas*, ZEV 2007, 49 (51); MüKo/*Leipold*, § 1937 BGB Rz. 34; *Steiner*, ErbStB 2003, 304 (305); *Damrau/Möller*, EE 2006, 7 (9 f.), s. Kapitel B XIV Rz. 48; a.A. *Pawlytta*, ZEV 2003, 89 (94); *von Oertzen/Pawlytta* in Scherer, MAH Erbrecht, § 67 Rz. 27; *Zöller/Geimer*, § 1066 ZPO Rz. 18; Staudinger/*Haas*, § 2306 BGB Rz. 30a (Schutz bietet nur § 138 BGB).
7 BGH v. 11.5.2006 – IX ZR 42/05, ZErb 2006, 272; Palandt/*Edenhofer*, § 2213 BGB Rz. 6.
8 Jüngst *Haas*, ZEV 2009, 270 ff.
9 *Ott-Eulberg*, ZErb 2000, 222 (mit Antragsmuster).

2. Welche Klageart ist richtig?

350 Mit der Stufenklage nach § 254 ZPO wird in einem Verfahren Auskunft (Stufe 1), Abgabe der eidesstattlichen Versicherung (Stufe 2) und Zahlung des sich aus dem Nachlasswert und der Pflichtteilsquote ergebenden Betrags (Stufe 3) verlangt. Der Pflichtteilsberechtigte kann jeden Anspruch auch gesondert einklagen. Die Erhebung einer „verkürzten Stufenklage" ist zulässig, z.B. Stufenklage ohne Stufe 3[1].

351 Regelmäßig ist die Stufenklage zu empfehlen, § 254 ZPO. Sie hemmt die kurze Verjährungsfrist ohne Pflichtteilsbezifferung. Bei einer „eingeschlafenen" Stufenklage droht indes Verjährung, s. Rz. 279. Die Stufenklage kann mit einer **Teilklage** auf den Mindestbetrag verbunden werden, wenn der Pflichtteilsberechtigte einen Teil seines Pflichtteils bereits sicher bzw. ohne Auskunft beziffern kann. Dann liegt eine Stufenklage hinsichtlich des Begehrens vor, das den bezifferten Betrag übersteigt[2]. Ein Teilurteil ist aber nach § 301 ZPO nur zulässig, wenn ausgeschlossen ist, dass der zum Teil bezifferte Zahlungsanspruch dem Grunde und der Höhe nach noch durch den weiteren Verfahrenslauf beeinflusst werden kann[3]. Dies ist bei einem Pflichtteil i.d.R. zweifelhaft, vgl. §§ 2315, 2316, 2327, 2330 BGB[4]. Der Pflichtteilsberechtigte gelangt also über eine Teilklage grundsätzlich nicht schneller zu einem vollstreckbaren Zahlungsurteil.

352 Die Stufenklage gegen den Erben ist mit einer Feststellungsklage gegen den oder die **Beschenkten** zur Hemmung einer drohenden Verjährung zu verbinden, wenn die Haftung aus § 2325 BGB oder § 2329 BGB unwägbar[5] ist.

353 Die **sofortige Zahlungsklage** ist zu erwägen, wenn der Pflichtteilsberechtigte den wesentlichen Wert des Nachlasses verlässlich einschätzen kann und der Erbe die Pflichtteilsregulierung verzögert. Auf Risiken ist hinzuweisen.

354 Meint der Pflichtteilsberechtigte, Erbe zu sein, kann er auf Feststellung des Erbrechts und zur Verjährungshemmung hilfsweise auf Feststellung seines Pflichtteilsrechts bzw. Zahlung des Pflichtteils klagen[6].

355 Ein Anspruch aus § 2314 BGB kann nicht durch **einstweilige Verfügung** erzwungen werden[7].

---

1 OLG Zweibrücken v. 9.9.2004 – 4 U 168/03, OLGReport 2005, 132.
2 BGH v. 25.9.2002 – XII ZR 55/00, FamRZ 2003, 31.
3 OLG Nürnberg v. 16.5.1994 – 10 UF 3952/93, FamRZ 1994, 1594.
4 *Bartsch*, Der Fachanwalt für Erbrecht, 2005, 3 (6); a.A. *Tanck*, ZErb 2006, 302.
5 BGH v. 4.6.1955 – IV ZR 183/54, NJW 1955, 1185; OLG Düsseldorf v. 27.10.1995 – 7 U 156/94, FamRZ 1996, 445; *Tanck* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 14 Rz. 208 ff. (z.B. auch Leistungsklage gegen den zuletzt Beschenkten und Feststellungsklage gegen den oder die früheren Beschenkten).
6 *Tanck* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 14 Rz. 151.
7 SchlHOLG v. 27.10.2000 – 6 W Kart 35/2000, OLGReport 2001, 32; Staudinger/*Haas*, § 2314 BGB Rz. 80.

Die **Feststellungsklage** ist ferner geboten, wenn der Erblasser zu Lebzeiten Klarheit über das Bestehen von Pflichtteilsrechten erlangen will. Auch nach Eintritt des Erbfalls ist eine Feststellung über das Bestehen oder Nichtbestehen des Pflichtteilsrechts möglich[1]. Auf Kapitel C XII Rz. 32 ff. wird verwiesen. 356

Wenn **Testamentsvollstreckung** angeordnet ist, hat der Pflichtteilsberechtigte seine Ansprüche gegen den Erben geltend zu machen, § 2213 Abs. 1 Satz 3 BGB. Das betrifft auch sog. Pflichtteilsvermächtnisse[2]. Gegen den Testamentsvollstrecker ist wegen § 748 Abs. 3 ZPO ein **Duldungstitel** zu erwirken. Dies kann in **einem** Rechtsstreit geschehen[3]. Die praktische Alternative ist ein Duldungstitel durch Unterwerfung des Testamentsvollstreckers unter die sofortige Zwangsvollstreckung in einer notariellen Urkunde[4]. Der Testamentsvollstrecker ist an ein Pflichtteilsanerkenntnis der Erben nicht gebunden, was auch umgekehrt gilt[5]. 357

Ist zwischen den Parteien im Wesentlichen die Bewertung eines Nachlassgegenstands streitig, kann ein **selbstständiges Beweisverfahren** nach § 485 Abs. 2 Nr. 1 ZPO vorteilhaft sein.

Klagt ein Pflichtteilsberechtigter nur gegen einen Miterben als Gesamtschuldner (§ 2058 BGB), sollte der beklagte Miterbe seinen Miterben den **Streit verkünden** (§ 72 ZPO). Nach *Damrau*[6] ist es auch zulässig, dass er **Dritt-Widerklage** gegen seine Miterben wegen der Pflichtteilslasten erhebt.

3. Verfahrenshinweise

– Der Pflichtteilsberechtigte hat den Bestand und Wert des **Nachlasses** für seine Ansprüche aus §§ 2303, 2325 ff. BGB zu **beweisen**. Daraus folgt auch, dass der Pflichtteilsberechtigte im Prozess das Nichtbestehen einer von ihm bestrittenen, vom Erben substantiiert dargelegten Nachlassverbindlichkeit zu beweisen hat[7]. Diese Grundsätze gelten auch für eine Klage auf Pflichtteilsergänzung nach § 2325 BGB oder gegen den Beschenkten nach § 2329 BGB[8]. Ohne Angaben hierüber ist die Klage bereits unschlüssig. Der Pflichtteilsberechtigte hat für die von ihm behaupteten Nachlasswerte einen Sachverständigenbeweis anzubieten. Eine Beweiserhebung des Gerichts nach § 144 ZPO ist die Ausnahme. Zu Beweiserleichterungen bei 358

1 BGH v. 6.12.1989 – IVa ZR 249/88, NJW 1990, 911; *Tanck* in Mayer in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 14 Rz. 84.
2 *Gergen*, ZErb 2006, 404 ff.
3 BGH v. 11.5.2006 – IX ZR 42/05, ZErb 2006, 272; *Zöller/Stöber*, § 748 ZPO Rz. 5.
4 *Zöller/Stöber*, § 748 ZPO Rz. 6.
5 OLG Celle v. 21.9.1966 – 7 U 32/66, MDR 1967, 46; Palandt/*Edenhofer*, § 2213 BGB Rz. 6.
6 *Damrau*, ZErb 2009, 145 (150 mit Hinweisen zum Klageantrag).
7 BGH v. 11.6.2003 – IV ZR 410/02, ZEV 2003, 365; OLG Brandenburg v. 5.11.2008 – 13 U 111/07, ZEV 2009, 36.
8 BGH v. 8.2.2007 – IX ZR 233/04, ZEV 2007, 280; OLG Köln v. 28.3.2007 – 2 U 37/06, ZEV 2007, 489 (Sozialhilfeträger).

Fehlverhalten des Erben im Rahmen der Auskunft und Wertermittlung s. Rz. 157.

- Die Prüfung einer Schenkung nach § 2325 BGB und eines dafür erforderlichen Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung kann i.d.R. erst erfolgen, wenn der Richter den Verkehrswert der Leistung kennt, so dass ein Sachverständigengutachten einzuholen ist[1]. Der Richter ist aber unabhängig von der Beweislast berechtigt, etwaige Gegenleistungen nach pflichtgemäßer Überzeugung zu schätzen, **§ 287 Abs. 2 ZPO**[2].
- Die **Hinweispflicht** des Gerichts nach § 139 ZPO geht sogar bei einer anwaltlich vertretenen Partei weit. Sie bezieht sich z.B. auf eine Diskrepanz zwischen Klageantrag und Klageziel nach § 139 Abs. 1 Satz 2 ZPO[3] und maßgebliche tatsächliche oder rechtliche Gesichtspunkte nach § 139 Abs. 2 ZPO[4]. Das gilt auch, wenn das Gericht seine rechtliche Beurteilung gegenüber einem früher gegebenen Hinweis oder einer früher getroffenen Entscheidung geändert hat (Formzwang in § 139 Abs. IV ZPO)[5].
- Nach **§ 142 ZPO** kann das Gericht von Amts wegen die **Vorlage** von **Urkunden** nicht nur durch Parteien, sondern auch durch Dritte anordnen, sofern dies dem Dritten zumutbar ist und er kein Zeugnisverweigerungsrecht hat[6]. Dieses prozessuale Mittel hat insbesondere für den Pflichtteilsberechtigten Bedeutung, wenn der Erbe keine Belege oder Vertragsurkunden über lebzeitige Erblasserzuwendungen vorlegt.
- Entscheidet ein Gericht ohne Einholung eines **Sachverständigengutachtens**[7], kann ein Verstoß gegen das rechtliche Gehör vorliegen[8]. Für die Auswahl des richtigen Sachverständigen gibt es hilfreiche Verzeichnisse[9]. Mangelnde Sachkunde begründet keinen Ablehnungsantrag, sondern kann zur Einholung eines neuen Gutachtens führen, § 412 ZPO[10]. Der Ablehnungsantrag gegen einen Sachverständigen hat nach § 406 ZPO rechtzeitig zu erfolgen[11]. Die Vorschusszahlungen für gerichtlich bestellte Sachverständige

1 BGH v. 14.2.2007 – IV ZR 258/05, ZEV 2007, 326.
2 *Nieder/Kössinger*, § 2 Rz. 114.
3 BGH v. 17.10.2008 – IV ZR 266/06, NJW 2008, 298 (Pflichtteil).
4 BGH v. 8.3.2006 – IV ZR 263/04, ZEV 2006, 265 (Gegenleistungen im Überlassungsvertrag).
5 BGH v. 28.3.2006 – X ZR 85/04, NJW 2006, 230.
6 BGH v. 26.6.2007 – XI ZR 277/05, MDR 2007, 1333 (Vorlagepflicht des nicht Beweisbelasteten); *Becker*, MDR 2008, 1309 ff.; zu richterlichen Anordnungen *Stackmann*, NJW 2007, 3521 ff.
7 Prozessrechtliche Übersicht bei *Heß/Burmann*, NJW-Spezial 2005, 303 f.
8 BGH v. 26.9.2007 – IV ZR 207/06, ZEV 2008, 40 (Streit über Vorliegen eines Landguts, § 2312 BGB). Das kann auch bei Ablehnung eines Beweisantrags gelten, BVerfG v. 9.10.2007 – 2 BvR 1268/03, JurisPraxisReport 2008, 121; ebenso bei unzureichender Auseinandersetzung mit dem Einwand einer Schenkung statt eines Darlehens, BVerfG v. 26.11.2008 – 1 BvR 670/08, ZEV 2009, 142 (Pflichtteil).
9 Z.B. Industrie und Handelskammer unter www.svv.ihk.de.
10 OLG München v. 20.3.1980 – 25 W 920/80, Rpfleger 1980, 303.
11 Instruktiv OLG Frankfurt v. 30.8.2004 – 9 W 17/04, OLGReport 2004, 425.

sind fristgemäß zu zahlen, um eine Zurückweisung des Beweisantrags nach § 296 Abs. 2 BGB zu vermeiden[1]. Die Streitverkündung gegenüber gerichtlich bestellten Sachverständigen zur Vorbereitung von Haftungsansprüchen aus fehlerhafter, im selben Rechtsstreit erbrachter Gutachterleistungen ist unzulässig[2].

– Zivilrichter schließen sich der Entscheidung im **Erbscheinsverfahren** meist an, wenn die Parteien darüber streiten, wer Erbe ist. Eine Bindungswirkung für das Prozessgericht besteht aber nicht[3]. Der Rechtsstreit darf nach § 148 ZPO nicht ausgesetzt werden[4].

359 Die Antragserweiterung ist nach **§ 264 Nr. 2 ZPO**[5] in weitem Umfang zulässig. **Beispiel:** Ist nur isoliert eine Zahlungsklage erhoben worden, kann der Pflichtteilsberechtigte nachträglich Auskunft und eidesstattliche Versicherung begehren. Das gilt auch umgekehrt[6].

360 Die einzelnen Stufen der **Stufenklage** werden grundsätzlich nacheinander durch **Teilurteil** entschieden[7]. In der letzten Stufe erfolgt ein Schlussurteil, in dem einheitlich über die Kosten des Rechtsstreits entschieden wird. Der Erbe kann den Übergang zur nächsten Stufe verzögern, wenn er den Rechtsmittelweg für die jeweilige Stufe ausschöpft[8]. Nach rechtskräftigem Abschluss einer Stufe geht das Verfahren auf der nächsten Stufe erst weiter, wenn der Kläger oder der Beklagte[9] einen entsprechenden **Antrag** stellen. Nach erteilter Auskunft bzw. eidesstattlicher Versicherung muss der Kläger den Zahlungsanspruch beziffern. Andernfalls ergeht ein abweisendes Prozessurteil[10]. Der Pflichtteilsberechtigte kann von der abgeschlossenen ersten Stufe auf die dritte Stufe der Stufenklage wechseln, ohne dass für die übergangene Stufe eine teilweise Klagerücknahme oder Erledigterklärung einschlägig ist[11]. Das ist sogar in der Berufung möglich[12]. Überdies ist ein Wechsel von der Leistungs- zur Auskunftsstufe zulässig[13]. Bereits auf erster Stufe kann ein abweisendes

1 S. OLG Frankfurt v. 18.9.2003 – 1 U 65/03, OLGReport 2004, 100.
2 BGH v. 27.7.2006 – VII ZR 16/06, BGHReport 2006, 1497; OLG Bamberg v. 9.1.2006 – 4 U 186/05, OLGReport 2006, 448. Zu § 839a BGB OLG Rostock v. 21.3.2006 – 8 U 113/04, OLGReport 2006, 803.
3 OLG Zweibrücken v. 3.8.2006 – 4 U 114/05, ZEV 2007, 97; Palandt/*Edenhofer*, § 2353 BGB Rz. 13.
4 *Zöller/Herget*, § 148 ZPO Rz. 9; Palandt/*Edenhofer*, § 2353 BGB Rz. 13.
5 BGH v. 30.1.1979 – IV ZR 154/78, NJW 1979, 925; OLG München v. 15.4.2003 – 18 U 5336/02, ZErb 2004, 164.
6 *Tanck* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, § 14 Rz. 4; s. Rz. 360.
7 *Bittler* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 9 Rz. 76.
8 In einer Stufenklage können sechs Urteile ergehen (ohne Revision).
9 OLG Karlsruhe v. 25.2.1997 – 2 WF 15/97, OLGReport 1997, 67.
10 BGH v. 25.9.2002 – XII ZR 55/00, FamRZ 2003, 31; OLG Karlsruhe v. 25.2.1997 – 2 WF 15/97, OLGReport 1997, 67.
11 BGH v. 15.11.2000 – IV ZR 274/99, NJW 2001, 833.
12 *Bartsch*, Der Fachanwalt für Erbrecht, 2005, 3 (5).
13 OLG Naumburg v. 14.8.2003 – 3 UF 34/03, OLGReport 2004, 104; *Zöller/Greger*, § 254 ZPO Rz. 4.

Endurteil erfolgen, wenn die Klage unzulässig ist oder die Prüfung ergibt, dass die materiell-rechtliche Grundlage für den Zahlungsanspruch fehlt[1]. Das gilt auch für das Berufungsgericht[2]. Es darf die Sache zur Entscheidung über die weiteren Stufenanträge zurückweisen, wenn es der Klage auf Auskunft stattgibt und die weitergehenden Anträge noch nicht entscheidungsreif sind[3]. Die Verurteilung zur Vorlage eines Wertgutachtens stellt den Rechtsgrund für den Pflichtteilsanspruch nicht bindend fest[4]. In der Berufung ist ein Verteidigungsmittel – z.B. die Einrede der **Verjährung** – nicht präkludiert, wenn es auf unstreitiger Tatsachengrundlage beruht[5].

4. Streitwert, Gerichts- und Anwaltskosten

361 Das Gericht schätzt den Streitwert der **Auskunfts- oder Wertermittlungsansprüche** nach §§ 3, 4 ZPO. Regelmäßig sind 1/10–1/4 des erwarteten Zahlungsanspruchs angemessen (Angriffsinteresse)[6]. Die Quote ist umso höher, je weniger der Pflichtteilsberechtigte über die seinen Pflichtteil begründeten Tatsachen weiß. In der Praxis wird i.d.R. 1/4 zugrunde gelegt[7]. Der zur Auskunft oder Wertermittlung Verurteilte hat die Kosten unabhängig davon zu tragen, ob ein Zahlungsanspruch besteht. Der Streitwert eines Anspruchs auf Abgabe der **eidesstattlichen Versicherung** ist i.d.R. mit 1/10 des erwarteten Zahlungsanspruchs zu bemessen[8]. Die a.A. nimmt einen Bruchteil von 1/3 bis 1/2 vom Wert des Auskunftsanspruchs an[9].

362 Der **Gebührenstreitwert** bei der **Stufenklage** richtet sich nur nach dem höchsten der mit der Klage verbundenen Ansprüche, § 44 GKG. Dies ist regelmäßig der Zahlungsanspruch, der – wenn er unbeziffert ist – vom Gericht gemäß §§ 3, 4 ZPO im Zeitpunkt der Klageerhebung nach den Vorstellungen des Klägers geschätzt wird und maßgeblich bleibt, selbst wenn sich später ein geringerer Betrag ergibt[10], der Zahlungsanspruch später nicht mehr ver-

1 BGH v. 28.11.2001 – VIII ZR 37/01, NJW 2002, 1042; OLG Celle v. 9.3.2009 – 6 W 28/09, OLGReport 2009, 487; *Zöller/Greger*, § 254 ZPO Rz. 9.
2 BGH v. 8.5.1985 – IVa ZR 138/83, NJW 1985, 2405; OLG Zweibrücken v. 19.7.2005 – 5 UF 20/05, OLGReport 2006, 24; *Zöller/Greger*, § 254 ZPO Rz. 14.
3 Analog § 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 ZPO, OLG Hamm v. 22.2.2007 – 10 U 111/06, FamRZ 2008, 94.
4 OLG Karlsruhe v. 15.1.2008 – 12 U 124/07, OLGReport 2008, 260.
5 BGH v. 23.6.2008 – GSZ 1/08, NJW 2008, 3434 (Verjährung) mit Anm. *Kroppenberg*, NJW 2009, 642 ff.; BGH v. 16.10.2008 – IX ZR 135/07, NJW 2009, 685; zum Berufungsrecht auch *Fellner*, MDR 2006, 552 ff.
6 BGH v. 25.1.2006 – IV ZR 195/04, ZEV 2006, 265; BGH v. 9.5.2007 – IV ZR 98/06, ZEV 2007, 534; *Zöller/Herget*, § 3 ZPO Rz. 16 unter „Auskunft".
7 Vgl. BGH v. 25.1.2006 – IV ZR 195/04, ZEV 2006, 265; BGH v. 9.5.2007 – IV ZR 98/06, ZEV 2007, 534; OLG Celle v. 9.3.2009 – 6 W 28/09, OLGReport 2009, 487.
8 OLG Bremen v. 17.2.2000 – 2 U 101/99, OLGReport 2000, 162; unbestimmt *Zöller/Herget*, § 3 ZPO Rz. 16 unter „Eidesstattliche Versicherung" bzw. „Offenbarungsversicherung".
9 Nachweise bei *Gerold/Schmidt/v. Eicken/Madert/Müller-Rabe*, 3100 VV Rz. 120.
10 KG v. 28.12.2006 – 8 W 87/06, OLGReport 2007, 419; OLG Köln v. 3.11.2004 – 19 W 54/04, OLGReport 2005, 69.

folgt[1] oder die Klage schon auf der Auskunftsstufe abgewiesen wird, sog. „stecken gebliebene Stufenklage“[2]. Erfolgt nach der Auskunft aber eine deutlich höhere Bezifferung, ist diese von Anfang an maßgeblich[3]. Fehlen Anhaltspunkte für die Vorstellung des Klägers bei Einleitung des Verfahrens, kann ausnahmsweise auf die Erkenntnisse bei Beendigung abgestellt werden[4]. Nur beim **Zuständigkeitsstreitwert** sind die Werte der einzelnen Stufen zu addieren, § 5 ZPO[5].

➲ **Beratungshinweis:** Die Wertangabe des vermeintlichen Pflichtteils ist aus Kostengründen realistisch anzusetzen.

Anwaltsgebühren: Die Verfahrensgebühr errechnet sich bei der Stufenklage aus dem höchsten Wert[6]. Die nach einem Teilurteil fällige Terminsgebühr errechnet sich aber nur aus dem Wert des Gegenstands des Termins, z.B. der Auskunft oder der Abagbe der eidesstattlichen Versicherung[7]. Nach § 15 Abs. 3 RVG darf die Summe der Teilgebühren die Gebühr aus der Gesamtsumme nicht übersteigen.

Ein sofortiges Anerkenntnis bei einer Auskunftsklage nach **§ 93 ZPO** ist nicht gegeben, wenn der Pflichtteilsberechtigte über 5–6 Monate nur Teilauskünfte erhält, auch wenn Nachlassimmobilien in verschiedenen Bundesländern liegen[8]. Zur stecken gebliebenen Stufenklage: Ergibt sich erst **nach** der Auskunft, dass **kein Zahlungsanspruch** für den Pflichtteilsberechtigten besteht, liegt nach umstrittener Ansicht des BGH kein Fall von § 91a ZPO oder § 93 ZPO vor. Nach BGH hat der Beklagte aber regelmäßig die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, wenn sie bei rechtzeitiger Auskunftserteilung vermeidbar gewesen wären (Verzugsschaden)[9]. Diesen Anspruch kann der Pflichtteils- 363

1 OLG Karlsruhe v. 22.10.2008 – 12 W 72/08, ZEV 2009, 40; KG v. 25.2.2002 – 18 WF 23/02, OLGReport 2002, 117.

2 OLG Stuttgart v. 6.11.2007 – 8 W 444/07, OLGReport 2008, 352; OLG Celle v. 9.3.2009 – 6 W 26/09, OLGReport 2009, 487; *Zöller/Herget*, § 3 ZPO Rz. 16 unter „Stufenklage“ und „Auskunft“.

3 OLG München v. 3.4.2006 – 17 W 1187/06, OLGReport 2006, 457; *Zöller/Herget*, § 3 ZPO Rz. 16 unter „Auskunft“.

4 OLG München v. 30.10.2006 – 12 WF 1575/06, OLGReport 2007, 415.

5 *Zöller/Herget*, § 3 ZPO Rz. 16 unter „Stufenklage“.

6 OLG Karlsruhe v. 22.10.2008 – 12 W 72/08, ZEV 2009, 40; *Gerold/Schmidt/v. Eicken/Madert/Müller-Rabe*, 3100 VV Rz. 121 ff. (mit Streitfragen).

7 OLG Celle v. 9.3.2009 – 6 W 28/09, OLGReport 2009, 487; OLG Stuttgart v. 6.11.2007 – 8 W 444/07, OLGReport 2008, 352; *Zöller/Greger*, § 254 ZPO Rz. 18.

8 *Poppen*, ZErb 2006 317 (318); a.A. LG Flensburg v. 23.6.2006 – 5 O 78/06, ZErb 2006, 317.

9 BGH v. 5.5.1994 – III ZR 98/93, MDR 1994, 717; *Lenz*, ZErb 2006, 375 (376); *Zöller/Greger*, § 254 ZPO Rz. 15; a.A. aber im Ergebnis i.d.R. gleich OLG München v. 24.4.1998 – 7 W 1306/98, OLGReport 1998, 260; *Zöller/Vollkommer*, § 91a ZPO Rz. 58 „Stufenklage“ (einseitige Erledigungserklärung des Pflichtteilsberechtigten mit Kostenfolge zulasten des Erben, § 91 ZPO); OLG Frankfurt v. 25.7.2006 – 4 W 54/06, OLGReport 2006, 1015 (übereinstimmende Erledigungserklärung mit Kostenfolge i.d.R. zulasten des Erben, § 91a ZPO); a.A. OLG Dresden v. 3.8.2000 – 7 W 1019/00, ZErb 20001, 25 (Kostenrisiko i. w. für Kläger bei § 98 ZPO).

berechtigte im anhängigen Verfahren durch Änderung seines ursprünglichen Zahlungsantrags feststellen lassen, § 263 ZPO. **Klageantrag**: „Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger die Prozesskosten betreffend den Rechtsstreit vor dem Landgericht …, Az. … zu ersetzen“[1]. Anstelle der Feststellung ist eine Leistungsklage[2] möglich, wenn der Verzugsschaden bereits zu beziffern ist, was eine Streitwertfestsetzung des Gerichts erfordert. Abweichend hiervon wird vorgeschlagen, § 269 Abs. 3 Satz 3 ZPO analog anzuwenden[3]. Kosten der Auskunft, die der Pflichtteilsberechtigte im Einvernehmen mit dem Erben einholt, können erstattungsfähig sein[4]. Vom Pflichtteilsberechtigten eingeholte Wertgutachten sind nur ausnahmsweise nach **§ 91 ZPO** erstattungsfähig, s. Rz. 137. Die **Prozesskostenhilfe** ist für den Kläger von vorn herein für sämtliche Stufen zu bewilligen[5].

364 Der Wert der **Beschwer** des zur Auskunft, Wertermittlung oder zur eidesstattlichen Versicherung verurteilten **Erben** richtet sich nach dem Aufwand an Zeit und Kosten, die er hierfür aufwenden müsste (Abwehrinteresse)[6]. Der Zeitaufwand bewertet sich nach dem JVEG[7]. Die Kosten einer sachkundigen Hilfsperson – Steuerberater oder Anwalt – sind nur zu berücksichtigen, wenn sie zwangsläufig entstehen, weil der Auskunftspflichtige selbst zu einer sachgerechten Auskunft nicht in der Lage ist[8]. Dies wird restriktiv gehandhabt. Daneben ist ein etwaiges Geheimhaltungsinteresse des Auskunftspflichtigen[9] zu bewerten, das nur im Ausnahmefall vorliegt, z.B. bei einer geschäftlichen Konkurrenz zwischen Erblasser und Pflichtteilsberechtigtem. Die Berufungssumme nach § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO von über 600 Euro wird bei der Auskunft daher nicht ohne weiteres[10], bei der eidesstattlichen Versicherung selten erreicht.

---

1 *Lenz*, ZErb 2006, 375 (376).
2 *Lenz*, ZErb 2006, 375 (376); *Bonefeld/Kroiß/Tanck*, Erbprozess, Kapitel 7, Rz. 211.
3 *Zöller/Vollkommer*, § 91a ZPO Rz. 58 „Stufenklage“; *Tanck* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 14 Rz. 175.
4 OLG Koblenz v. 9.9.1996 – 14 W 528/96, ZEV 1997, 305.
5 Anders teilw. für den Beklagten, *Zöller/Philippi*, § 114 ZPO Rz. 37–37c.
6 BGH v. 21.1.2009 – IV ZB 35/08, ZEV 2009, 246; BGH v. 22.4.2009 – XII ZB 49/07, NJW 2009, 2218; BGH v. 1.10.2008 – IV ZB 27/07, ZErb 2008, 415; BGH v. 15.2.2000 – X ZR 127/99, NJW 2000, 1724; BGH v. 27.6.2001 – IV ZV 3/01, MDR 2001, 1183 (Aufwand richtet sich nach dem Tenor); OLG Frankfurt v. 28.1.2008 – 23 U 28/07, OLGReport 2008, 954; OLG Karlsruhe v. 10.10.2007 – 7 U 114/07, ZEV 2008, 39; *Zöller/Herget*, § 3 ZPO Rz. 16 unter „Auskunft“.
7 BGH v. 21.1.2009 – IV ZB 35/08, ZEV 2009, 246; BGH v. 1.10.2008 – IV ZB 27/07, ZErb 2008, 415; *Zöller/Herget*, § 3 ZPO Rz. 16 unter „Auskunft“; OLG Rostock v. 23.7.2007 – 10 UF 96/05, OLGReport 2008, 44.
8 BGH v. 14.1.2009 – XII ZB 146/08, MDR 2009, 521; BGH v. 22.4.2009 – XII ZB 49/07, NJW 2009, 2218; BGH v. 1.10.2008 – IV ZB 27/07, ZErb 2008, 415; BGH v. 25.4.2007 – XII ZB 10/07, BGHReport 2007, 754; BGH v. 5.2.2001 – II ZB 7/00, NJW 2001, 1284 (Hilfsperson bei Alter und Krankheit).
9 BGH v. 29.11.1995 – IV ZB 19/95, ZEV 1996, 194 (Anwaltskosten und Bewertung eines Geheimhaltungsinteresses).
10 *Born*, NJW 2009, 2219 f.

Werden entsprechende Ansprüche des **Pflichtteilsberechtigten** abgewiesen, bemisst sich seine Beschwer nach seinem Angriffsinteresse, also zwischen 1/10 und 1/4 seines erwarteten Zahlungsanspruchs, s. Rz. 361[1].

Eine **Vergütungsvereinbarung**[2] ist in arbeitsaufwändigen Verfahren zu empfehlen. Im Einzelfall kann eine nunmehr zulässige Erfolgsvergütung (§ 4a RVG) oder eine Prozessfinanzierung in Betracht kommen. 365

5. Antragsmuster

a) Stufenklage

➲ **Beratungshinweise:**

- Ausreichend – aber aus vollstreckungsrechtlicher Sicht nicht ratsam – ist der Antrag, dass Auskunft über den Nachlass des am … verstorbenen Frau/Herrn … zu erteilen ist[3]. Daher sind die wesentlichen Auskunftsinhalte beispielhaft im Antrag zu konkretisieren. Das gilt auch für den fiktiven Nachlass[4].
- Der Stichtag des Erbfalls ist für die Auskunft exakt (vollstreckungsfähig) zu bestimmen[5].
- Dieselbe Empfehlung gilt bei beantragter **Belegvorlage**, soweit der Pflichtteilsberechtigte hierzu in der Lage ist. Andernfalls soll die Belegvorlage zu unbestimmt und nicht vollstreckungsfähig sein[6]. Dies ist abzulehnen. Der Pflichtteilsberechtigte darf die Belege später im Verfahren nach § 888 ZPO genauer bezeichnen. Der Erbe hat dann darzulegen, dass bestimmte Belege nicht benötigt werden[7].
- Bei beantragter **Wertermittlung** sind die zu bewertenden Nachlassgegenstände[8] nebst Bewertungsstichtag[9] konkret zu bezeichnen.

---

1 BGH v. 9.5.2007 – IV ZR 98/06, ZEV 2007, 534.
2 Beachtlich sind insbesondere die neuen Formerfordernisse, § 3a RVG n.F. ab 1.7.2008.
3 *Kasper* in Scherer, MAH Erbrecht, § 62 Rz. 6.
4 OLG Karlsruhe v. 21.8.2006 – 15 W 23/06, OLGReport 2007, 517 (Auskunftsantrag über „fiktiven Nachlass in Form von ausgleichspflichtigen Zuwendungen und ergänzungspflichtigen Schenkungen" unzureichend; erforderlich ist z.B. „Schenkungen oder andere Zuwendungen des Erblassers in der Zeit vom 13.4.1989 bis zum 12.4.1999").
5 OLG Köln v. 12.1.2009 – 2 W 129/08, zitiert in NJW-Spezial 2009, 200.
6 OLG Brandenburg v. 6.7.2006 – 10 WF 142/06, OLGReport 2007, 54.
7 *Kasper* in Scherer, MAH Erbrecht, § 62 Rz. 6; *Klingelhöffer*, Rz. 408; Palandt/*Edenhofer*, § 2314 BGB Rz. 10.
8 OLG Köln v. 25.2.2008 – 2 W 80/07, OLGReport 2008, 446; a.A. *Rißmann*, FS Damrau, 2007, 235 (246 mit Antragsmuster: „den Wert des Nachlasses des am … verstorbenen … durch Vorlage von Gutachten zu ermitteln).
9 OLG Hamm v. 22.2.2005 – 10 U 134/04, BeckRS 2007, 10643.

366 **Formulierungsvorschlag**

Rubrum

I. Die Beklagte wird im Wege der Stufenklage verurteilt,

1. a) durch Vorlage eines Bestandsverzeichnisses Auskunft über den Nachlass des am . . . verstorbenen . . . zu erteilen, das mindestens folgende Angaben enthält über:

- alle beim Erbfall vorhandenen Sachen nebst Angabe wertrelevanter Faktoren, Bargeld, Bankguthaben, Forderungen, Versicherungen, Schließfächer mit Inhaltsbeschreibung, Schmuck
- alle Nachlassverbindlichkeiten
- alle Schenkungen, Anstandsschenkungen und ehebezogenen Zuwendungen, die der Erblasser seiner Ehefrau . . . während der Ehe gewährt hat
- alle Schenkungen und Anstandsschenkungen, die der Erblasser in den letzten zehn Jahren vor seinem Tod am . . . gewährt hat
- alle Schenkungen ohne zeitliche Begrenzung, die der Erblasser unter Nießbrauchs- oder Wohnrechtsvorbehalt bzw. unter ähnlichen Nutzungsvorbehalten gewährt hat
- alle Zuwendungen des Erblassers an seine Kinder, die eine Ausgleichspflicht nach §§ 2316, 2050 ff. BGB begründen können;

(*Variante* bei Verlangen auf Amtsverzeichnis: . . . durch Vorlage eines amtlich aufgenommenen Bestandsverzeichnisses Auskunft über den Nachlass des . . .)

1. b) den Wert des im Grundbuch von . . . Band . . . Blatt . . . eingetragenen Grundstücks am . . . durch Vorlage eines Sachverständigengutachtens zu ermitteln;

1. c) den Wert des Gasthofs . . . am . . . durch Vorlage eines Sachverständigengutachtens zu ermitteln

nebst

Vorlage aller Geschäftsunterlagen[1] aus den letzten fünf Jahren vor dem Tod des Erblassers, die zur Wertermittlung des Gasthofs . . . erforderlich sind, insbesondere

- Bilanzen aus den Jahren . . .
- Gewinn- und Verlustrechnungen aus den Jahren . . .
- die den vorbezeichneten Unterlagen zugrunde liegenden Geschäftsbücher und Belege
- Umsatzziffern aus den Jahren . . .

1 Hierzu BGH v. 10.7.1975 – II ZR 154/72, NJW 1975, 1774; OLG Düsseldorf v. 17.5.1996 – 7 U 126/95, OLGReport 1996, 233; OLG Zweibrücken v. 17.9.1986 – 2 U 58/81, FamRZ 1987, 1197.

2. zu Protokoll an Eides statt zu versichern, dass sie nach bestem Wissen den Bestand des Nachlasses so vollständig und richtig angegeben hat, als sie dazu imstande ist.

3. an den Kläger den Pflichtteil in Höhe von . . . (Pflichtteilsquote) des sich aus der Auskunft und Wertermittlung ergebenden Nachlasswerts nebst . . . % Zinsen hieraus seit . . . zu zahlen.

II. Sonstige Verfahrensanträge

b) Pflichtteilsergänzungsklage gegen Grundstücksbeschenkten, § 2329 BGB

Formulierungsvorschlag *367*

Rubrum

wegen Duldung der Zwangsvollstreckung

. . .

1. Der Beklagte wird verurteilt, wegen einer Forderung in Höhe von. . . Euro („Fehlbetrag" gemäß § 2329 BGB) nebst . . . % Zinsen seit . . . die Zwangsvollstreckung in das im Grundbuch von . . . Band . . . Blatt . . . eingetragene Grundstück zugunsten des Klägers zu dulden.

(Anm.: Die Abwendungsbefugnis des Beschenkten gem. § 2329 Abs. 2 BGB ist von Amts wegen zu beachten und muss nicht beantragt werden.)

2. Sonstige Verfahrensanträge

6. Zwangsvollstreckung aus Auskunfts- und Wertermittlungstiteln

Der Titel über Auskunft, Belegvorlage oder Wertermittlung wird nach § 888 ZPO vollstreckt[1]. Das nach § 888 ZPO verhängte Zwangsgeld – dessen Beitreibung der Gläubiger nach allg. Vollstreckungsregeln beantragen muss – ist vom Gerichtsvollzieher an die Staatskasse abzuführen und steht nicht dem Gläubiger zu[2]. Das Prozessgericht darf die Zwangsgeldfestsetzung bedingen, z.B. für den Fall, dass der Beklagte nicht bis zu einem bestimmten Stichtag den Wert von Nachlassgegenständen durch Vorlage eines Sachverständigengutachtens ermittelt hat[3]. *368*

Der Pflichtteilsberechtigte hat im Vollstreckungsantrag Angaben über das „Wie" der Auskunftserteilung (oder Belegvorlage) zu tätigen, soweit der Titel hierüber schweigt. Wird der Anspruch während des Verfahrens erfüllt, ist eine Erledigungserklärung angezeigt. Der Erfüllungseinwand ist zu berücksichti-

1 KG Berlin v. 5.11.1998 – 4 W 288/98, KGReport 1999, 90.
2 BGH v. 2.3.1983 – IVb ARZ 49/82, NJW 1983, 1859.
3 LG München I v. 25.6.2007 – 22 O 13670/05 (nicht veröffentlicht).

gen, auch wenn er nicht liquide beweisbar ist[1]. Der Erbe kann die Erfüllung später auch im Rahmen einer Klage nach § 767 ZPO geltend machen. Die Erfüllung eines Wertermittlungsanspruchs erschöpft sich nicht in der Beauftragung des Sachverständigen. Der Schuldner muss vielmehr bei dem Gutachtensauftrag eine kurze Frist zur Erstattung des Gutachtens vereinbaren und die Bearbeitungsfrist überwachen. Ggf. ist dem Gutachter eine Nachfrist zu setzen und bei fruchtlosem Fristablauf der Auftrag anderweitig zu vergeben[2]. Es ist kein Duldungstitel gegen einen Testamentsvollstrecker bei der Vollstreckung aus einem Auskunftstitel gegen den Erben erforderlich[3].

369 **Formulierungsvorschlag**

Prozessgericht

Rubrum

. . . beantrage ich zu beschließen:

Gegen die Schuldnerin wird wegen Nichterfüllung der Auskunft (*Alternative:* der Vorlage der Wertgutachten) gemäß Ziffer 1 des Teil-Anerkenntnisurteils des LG . . . vom – Az: . . . – ein Zwangsgeld[4] festgesetzt und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Zwangshaft.

Begründung:

Die Schuldnerin hat durch Vorlage eines Bestandsverzeichnisses gemäß Ziffer 1 des beigefügten Urteils Auskunft zu erteilen. Der Auskunftsanspruch wurde nicht erfüllt . . .

Die Vollstreckung des Titels auf Abgabe der **eidesstattlichen Versicherung** richtet sich nach § 889 ZPO oder seit dem 1.9.2009 nach dem FamFG[5].

7. Pfändung des Pflichtteilsanspruchs, § 852 ZPO

370 Der Pflichtteilsanspruch ist nach dem Erbfall und vor vertraglicher Anerkennung oder Rechtshängigkeit i.S. v. § 852 ZPO als in seiner zwangsweisen Verwertbarkeit aufschiebend bedingter Anspruch pfändbar[6]. Der pfändende Gläubiger kann den Anspruch aber **nicht verwerten**, so lange die Voraussetzungen[7]

1 BGH v. 5.11.2004 – IXa ZB 32/04, BGHReport 2005, 195 (ausdrücklich auch zu § 888 ZPO) mit Anm. *Schuschke;* KG v. 6.12.2007 – 2 W 185/07, OLGReport 2008, 167.
2 OLG Naumburg v. 22.3.2004 – 5W 13/04, OLGReport 2004, 413.
3 OLG Dresden v. 6.3.2003 – 7 W 1517/02, ZEV 2003, 289.
4 OLG Köln v. 30.10.1998 – 6 W 12/98, OLGReport 1999, 97 (zur Höhe).
5 S. Rz. 146 f.
6 BGH v. 26.2.2009 – VII ZB 30/08, ZEV 2009, 247; BGH v. 8.7.1993 – IV ZR 116/92, NJW 1993, 2876; BGH v. 6.5.1997 – IX 147/96, ZEV 1997, 345 (gegen den Wortlaut), hierzu *Klumpp*, ZEV 1998, 123 ff.
7 Instruktiv BGH v. 26.2.2009 – VII ZB 30/08, ZEV 2009, 247; OLG Düsseldorf v. 5.3.1999 – 7 U 143/98, OLGReport 1999, 341; *von Oertzen*, ZEV 1999, 393.

von **§ 852 ZPO** nicht vorliegen. Der Einwand ist nach § 766 ZPO geltend zu machen[1].

➲ **Beratungshinweis:** Die Gläubiger haben keine Verwertungsmöglichkeit, soweit der Pflichtteilsberechtigte untätig bleibt, was nicht anfechtbar ist[2]. Sie können ihn nicht zur Geltendmachung des Pflichtteils zwingen[3].

XII. Anhang

A. Nachlassverzeichnis

I. Vorbemerkung

Der Erbe hat auf Verlangen Auskunft über den Bestand des Nachlasses und dessen Wert am Todestag des Erblassers zu erteilen. Es ist das gesamte Vermögen des Erblassers (Aktiva und Passiva) im Einzelnen aufzulisten. Sollte der Vordruck aus Platzgründen nicht ausreichen, sind Anlagen anzufügen. Die Auskunft hat richtig und vollständig zu erfolgen. Bei Zweifeln hieran ist sie eidesstattlich zu versichern. 371

II. Nachlassverzeichnis

über den Nachlass von Frau/Herrn

verheiratet im Güterstand

verstorben am

1. Nachlassmasse – Aktiva	**Wert in Euro**
1.1. Immobilien	
Grundbesitz, eingetragen im Grundbuch von	
Grundstücksgröße Baujahr, Wohn-/Nutzfläche Jährlicher Mietertrag netto ohne Betriebskosten Besonderheiten Kaufpreis am Verkaufserlös am Ggfs. erbschaftsteuerlicher Wert	
1.2. Bank-, Sparkassen-, Postspar-, sonstige Guthaben (Bitte Saldenbestätigung bzw. Finanzamtsanzeige nach § 33 ErbStG beifügen.)	
bei Konto	

1 Palandt/*Edenhofer*, § 2317 BGB Rz. 8.
2 Palandt/*Edenhofer*, § 2317 BGB Rz. 8.
3 *Tanck* in Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 14 Rz. 282.

		Wert in Euro
1.3.	Wertpapiere/Sparkassenbriefe/Genussscheine/Beteiligungen wie Fondsvermögen, Aktien (Bitte Saldenbestätigung oder Finanzamtsanzeige nach § 33 ErbStG beifügen.)	
	bei Nummer	
1.4.	Bargeld	
1.5.	Erwerbsgeschäfte/Unternehmen	
	Eintragung im Handelsregister Beteiligungsverhältnis Ertrag in den letzten 3 Jahren vor dem Tod (Bitte Gewinn- und Verlustrechnungen/ Geschäftsbücher/Bilanzen, Umsatzziffern beifügen.)	
	Kundschaftswert (good will) Grundstücke Nicht betriebsnotwendiges Vermögen	
	Kaufpreis am	
	Verkaufserlös am	
	Ggfs. erbschaftsteuerlicher Wert	
1.6.	Ausstehende Forderungen (z.B. Forderungen aus Darlehen-, Miet-, Pacht- und Kaufverträgen, Bürgschafts- und Auftragsverhältnissen, Angabe des jeweiligen Schuldners)	
1.7.	Forderungen aus Versicherungen (z.B. Lebensversicherungen ohne Bezugsberechtigte, Bausparversicherungen, Sterbegelder, soweit nicht unter 2.5. angeführt)	
	bei Nummer	
1.8.	Fahrzeuge Typ Bj Km	
1.9.	Steuererstattungsansprüche	
1.10.	Kunstgegenstände, Sammlungen, Antiquitäten (Alter, Anschaffungswert, Hersteller, Zustand)	
1.11.	Edelmetalle und Schmuck (Alter, Anschaffungswert, Hersteller, Zustand)	
1.12.	Hausrat (Alter, Anschaffungswert, Hersteller, Zustand)	
1.13.	Persönliche Habe/Kleidung (Alter, Anschaffungswert, Hersteller, Zustand)	

	Wert in Euro
1.14. Wertgegenstände (Alter, Anschaffungswert, Hersteller, Zustand)	
1.15. Sonstiges Vermögen (z.B. Anteil an einer Erbengemeinschaft, Verlags-, Patent-, Urheberrechte, Maschinen, Forderungen aus dem Lastenausgleich)	
Summe Nachlasswerte	
2. Nachlassverbindlichkeiten – Passiva	
2.1. Schulden des Erblassers (Name und Adresse des Gläubigers, Rechtsgrund der Forderung, Belege beifügen)	
bei	
2.2. Unterhaltsschulden, Rentenschulden,	
bei	
2.3. Steuerschulden (Rechtsgrund der Steuerforderung, Veranlagungsjahr, Belege beifügen)	
2.4. Zugewinnausgleichsanspruch des überlebenden Ehegatten (nicht, wenn der Ehegatte Erbe oder Vermächtnisnehmer ist)	
2.5. Beerdigungskosten (Belege beifügen)	
Beerdigungs- und Grabkosten	
./. Leistungen Sterbegeldversicherung	
Zusammen	
Gesamtsumme Nachlassverbindlichkeiten	
3. Reinnachlass	
Aktivnachlass	Euro
./. Passivnachlass	Euro
Reinnachlass	
4. Fiktiver Nachlass	
4.1. Nach dem Gesetz sind auch Schenkungen/Anstandsschenkungen des Erblassers in den letzten zehn Jahren vor seinem Tod anzugeben. Ohne zeitliche Begrenzung anzugeben sind alle Schenkungen, die der Erblassers unter Nießbrauchs- und Wohnrechtsvorbehalt oder unter ähnlichen Vorbehalten gewährt hat. Dasselbe gilt für alle Schenkungen/ehebedingte Zuwendungen des Erblassers an seinen Ehegatten	

	Wert in Euro
während der Ehe. Schenkungen sind alle Verfügungen, für die der Erblasser keine bzw. keine gleichwertige Gegenleistung erhalten oder nach Vertragsschluss auf seine Gegenleistung ganz bzw. teilweise verzichtet hat. Beispiele: Übertragung von Grundstücken und Immobilien, Konten, Begünstigung in Lebens- oder Rentenversicherungen, Verträge zugunsten Dritter auf den Todesfall. Verträge – insbesondere alle notariellen Verträge über Grundstücke und Immobilien – sind in Kopie vorzulegen, auch wenn Zweifel bestehen, ob eine Schenkung des Erblassers vorliegt.	
Empfänger Schenkungsgegenstand Zeitpunkt	
Verkaufserlös am	
Ggf. erbschaftsteuerlicher Wert	
4.2. Zuwendungen des Erblassers an seine Kinder (§ 2050 BGB: Ausstattungen; Zuschüsse zum Leben; alle Zuwendungen, die nach dem Erblasserwillen nach seinem Tode unter seinen Kinder zur Ausgleichung gebracht werden sollten). Verträge sind vorzulegen, auch wenn Zweifel bestehen, ob eine auszugleichende Zuwendung des Erblassers erfolgt ist.	
Empfänger Art der Zuwendung Zeitpunkt	
Verkaufserlös am	
Ggfs. erbschaftsteuerlicher Wert	
. . . . . . (Ort, Datum)	
. . . . . . (Unterschrift des Erben oder Unterschrift eines Anwalts als Bote)	

B. Preisindizes

372 Den jeweiligen Verbraucherpreisindex und ausführliche Informationen können unter www.destatis.de (unter „Verbraucherpreise“) oder über „verbraucherpreisindex@destatis.de“ abgefragt werden. Die Berechnung – sog. Indexierung – erfolgt am einfachsten über Rechenprogramme, z.B. Gutdeutsch

(familien- oder erbrechtliche Berechnungen), Anwaltssoftware oder www.destatis unter „Verbraucherpreise/Preisindizes in Verträgen".

C. Anlage 9 zu § 14 BewG (ab 1.1.1995) und ab 1.1.2009 Tabelle zu § 14 BewG

Anlage 9 zu § 14 BewG ab 1.1.1995: Der Kapitalwert ist nach der „Sterbetafel für die Bundesrepublik Deutschland 1986/88; Gebietsstand seit dem 3. Oktober 1990" unter Berücksichtigung von Zwischenzinsen und Zinseszinsen mit 5,5 vom Hundert errechnet worden. Der Kapitalwert der Tabelle ist der Mittelwert zwischen dem Kapitalwert für jährlich vorschüssige und jährlich nachschüssige Zahlungsweise. 373

Vollendetes Lebensalter in Jahren	Männer	Frauen	Vollendetes Lebensalter in Jahren	Männer	Frauen
0	17,908	18,136	29	16,411	17,038
1	18,040	18,239	30	16,306	19,956
2	18,019	18,227	31	16,196	16,870
3	17,992	18,210	32	16,080	16,781
4	17,961	18,189	33	15,960	16,687
5	17,927	18,166	34	15,833	16,589
6	17,891	18,142	35	15,700	16,486
7	17,853	18,115	36	15,562	16,379
8	17,813	18,087	37	15,417	16,267
9	17,769	18,058	38	15,267	16,150
10	17,723	18,026	39	15,109	16,029
11	17,674	17,993	40	14,945	15,902
12	17,623	17,958	41	14,775	15,770
13	17,596	17,921	42	14,598	15,632
14	17,512	18,882	43	14,415	15,489
15	17,453	17,842	44	14,225	15,341
16	17,393	17,800	45	14,030	15,186
17	17,332	17,756	46	13,828	15,025
18	17,272	17,712	47	13,620	14,858
19	17,212	17,665	48	13,406	14,684
20	17,151	17,616	49	13,187	14,503
21	17,086	17,564	50	12,961	14,316
22	17,018	17,510	51	12,730	14,122
23	16,945	17,452	52	12,494	13,920
24	16,867	17,392	53	12,253	13,711
25	16,785	17,328	54	12,008	13,495
26	16,699	17,261	55	11,759	13,271
27	16,608	17,190	56	11,506	13,040
28	16,512	17,116	57	11,249	12,801
58	10,987	12,553	85	3,603	4,210
59	10,720	12,298	86	3,415	3,964
60	10,448	12,034	87	3,235	3,731
61	10,171	11,763	88	3,065	3,511
62	9,889	11,484	89	2,904	3,304
63	9,603	11,197	90	2,753	3,109
64	9,313	10,903	91	2,609	2,927

Vollendetes Lebensalter in Jahren	Männer	Frauen	Vollendetes Lebensalter in Jahren	Männer	Frauen
65	9,019	10,601	92	2,475	2,756
66	8,723	10,292	93	2,348	2,597
67	8,422	9,977	94	2,229	2,448
68	8,120	9,654	95	2,118	2,310
69	7,816	9,325	96	2,014	2,183
70	7,511	8,990	97	1,917	2,064
71	7,206	8,650	98	1,826	1,955
72	6,904	8,307	99	1,741	1,854
73	6,604	7,962	100	1,662	1,761
74	6,310	7,616	101	1,589	1,675
75	6,020	7,271	102	1,520	1,595
76	5,738	6,930	103	1,455	1,522
77	5,464	6,592	104	1,394	1,453
78	5,198	6,261	105	1,334	1,387
79	4,941	5,937	106	1,272	1,318
80	4,693	5,622	107	1,199	1,238
81	4,456	5,317	108	1,095	1,125
82	4,228	5,022	109	0,908	0,924
83	4,010	4,739	110	0,500	0,500
84	3,802	4,468	und darüber		

Anlage zu § 14 Abs. 1 BewG

Kapitalwert einer lebenslänglichen Nutzung oder Leistung im Jahresbetrag von einem Euro für Bewertungsstichtage ab 1. Januar 2009

Der Kapitalwert ist nach der am 22. August 2008 veröffentlichten Sterbetafel 2005/2007 des Statistischen Bundesamtes unter Berücksichtigung von Zwischenzinsen und Zinseszinsen mit 5,5 Prozent errechnet worden. Der Kapitalwert der Tabelle ist der Mittelwert zwischen dem Kapitalwert für jährlich vorschüssige und jährlich nachschüssige Zahlungsweise.

Vollendetes Lebensalter	Männer		Frauen	
	Durchschnittliche Lebenserwartung	Kapitalwert	Durchschnittliche Lebenserwartung	Kapitalwert
0	76,89	18,377	82,25	18,453
1	76,22	18,366	81,54	18,44
2	75,25	18,349	80,56	18,432
3	74,27	18,332	79,58	18,418
4	73,28	18,312	78,59	18,404
5	72,29	18,292	77,59	18,389
6	71,30	18,271	76,60	18,373
7	70,31	18,249	75,61	18,356
8	69,31	18,225	74,61	18,338
9	68,32	18,200	73,62	18,319
10	67,33	18,174	72,62	18,299
11	66,33	18,146	71,63	18,278
12	65,34	18,117	70,64	18,256

Vollendetes Lebensalter	Männer		Frauen	
	Durchschnittliche Lebenserwartung	Kapitalwert	Durchschnittliche Lebenserwartung	Kapitalwert
13	64,35	18,086	69,64	18,233
14	63,36	18,054	68,65	18,209
15	62,36	18,019	67,66	18,183
16	61,38	17,983	66,67	18,156
17	60,40	17,946	65,68	18,127
18	59,42	17,906	64,69	18,097
19	58,45	17,865	63,71	18,065
20	57,49	17,822	62,72	18,032
21	56,53	17,776	61,73	17,996
22	55,56	17,728	60,75	17,959
23	54,59	17,677	59,76	17,920
24	53,63	17,624	58,78	17,879
25	52,66	17,568	57,79	17,835
26	51,69	17,508	56,80	17,789
27	50,73	17,446	55,82	17,741
28	49,76	17,381	54,83	17,690
29	48,79	17,311	53,84	17,636
30	47,82	17,238	52,86	17,580
31	46,85	17,161	51,87	17,520
32	45,88	17,080	50,89	17,457
33	44,92	16,996	49,91	17,391
34	43,95	16,906	48,93	17,321
35	42,99	16,812	47,95	17,248
36	42,03	16,713	46,97	17,171
37	41,07	16,610	45,99	17,089
38	40,11	16,500	45,02	17,005
39	39,15	16,385	44,04	16,914
40	38,20	16,265	43,08	16,821
41	37,26	16,141	42,11	16,722
42	36,32	16,009	41,15	16,618
43	35,38	15,872	40,19	16,510
44	34,46	15,730	39,23	16,395
45	33,54	15,581	38,28	16,276
46	32,63	15,426	37,34	16,152
47	31,72	15,263	36,40	16,021
48	30,83	15,096	35,46	15,884
49	29,94	14,921	34,53	15,741
50	29,06	14,740	33,63	15,591
51	28,19	14,552	32,68	15,434
52	27,33	14,357	31,76	15,271
53	26,49	14,156	30,85	15,100
54	25,64	13,948	29,95	14,923
55	24,80	13,730	29,04	14,736
56	23,98	13,508	28,15	14,543
57	23,16	13,276	27,26	14,341
58	22,34	13,033	26,37	14,129
59	21,54	12,786	25,49	13,910
60	20,75	12,531	24,61	13,679
61	19,97	12,269	23,74	13,441

Vollendetes Lebensalter	Männer		Frauen	
	Durchschnittliche Lebenserwartung	Kapitalwert	Durchschnittliche Lebenserwartung	Kapitalwert
62	19,19	11,995	22,88	13,194
63	18,43	11,718	22,02	12,935
64	17,68	11,432	21,17	12,668
65	16,93	11,135	20,31	12,384
66	16,20	10,834	19,46	12,091
67	15,48	10,526	18,62	11,788
68	14,76	10,205	17,79	11,475
69	14,07	9,886	16,96	11,147
70	13,38	9,55	16,15	10,813
71	12,71	9,222	15,35	10,469
72	12,07	8,892	14,57	10,119
73	11,44	8,556	13,80	9,758
74	10,82	8,215	13,05	9,393
75	10,23	7,879	12,31	9,017
76	9,66	7,544	11,59	8,637
77	9,11	7,211	10,89	8,254
78	8,58	6,881	10,21	7,867
79	8,07	6,554	9,56	7,484
80	7,56	6,219	8,92	7,094
81	7,08	5,894	8,32	6,716
82	6,62	5,575	7,74	6,338
83	6,19	5,270	7,19	5,969
84	5,78	4,972	6,67	5,610
85	5,39	4,683	6,17	5,256
86	5,04	4,418	5,73	4,936
87	4,70	4,156	5,30	4,615
88	4,38	3,905	4,89	4,303
89	4,04	3,634	4,49	3,992
90	3,73	3,382	4,13	3,706
91	3,45	3,151	3,81	3,447
92	3,23	2,967	3,52	3,209
93	3,03	2,798	3,29	3,017
94	2,84	2,635	3,07	2,832
95	2,66	2,480	2,87	2,661
96	2,49	2,332	2,70	2,515
97	2,34	2,200	2,52	2,358
98	2,20	2,076	2,36	2,218
99	2,07	1,960	2,21	2,085
100 und darüber	1,95	1,852	2,08	1,969

D. Tabellarische Länderübersicht über Pflichtteils- und Noterbrechte[1]

374

Land	**IPR a) Mobilien b) Immobilien**	**Pflichtteilsausgestaltung**	**Ehegattenpflichtteil**	**Kinderpflichtteil**	**Verwandtenpflichtteil**	**Zulässigkeit von a) Erbvertrag/gemeinschaftlichem Testament b) Pflichtteilsverzicht**	**Testamentsform, Sonstiges**
Australien[2]	a) Domizil b) Belegenheit Mehrrechtsstaat	Keine Pflichtteilsrechte, u.U. Unterhaltsansprüche von Kindern und Ehepartner gegen den Nachlass in einzelnen Bundesstaaten	Nein	Nein	Nein	a) und b) wohl zulässig. Erbverträge aber nicht üblich	Haager Testamentsformübereinkommen
Belgien	a) Domizil b) Belegenheit	Noterbrecht mit Herabsetzungsklage	Nießbrauch an halbem Nachlass oder Ehewohnung unter Anrechnung auf ½-Quote, keine Beschränkung auf diese, Art. 915 bis CC	½ des Nachlasses bei 1 Kind, ⅓ bei zwei Kindern, ¼ bei mehr Kindern Art. 913 f. CC	Vorfahren haben Pflichtteil von ¼ des Nachlasses je Linie, wenn Erblasser kinderlos; nicht gegenüber erbenden Ehegatten	a) Nein, aber institution contractuelle (unwiderrufliche Schenkung auf den Todesfall) b) Nein; Ausnahme: existieren Stiefkinder, kann in Ehevertrag auf Nachlass des Ehegatten verzichtet werden	Haager Testamentsformübereinkommen, Ehe zwischen gleichgeschlechtlichen Partnern möglich
Bosnien	Heimatrecht, Art. 30 IPRG	Noterbrecht mit Herabsetzungsklage	½ des gesetzlichen Erbteils (gesetzlich erben Ehegatten und Kinder zu gleichen Teilen, neben Eltern erbt Ehegatte gesetzlich ½). Erbteile können bei Bedürftigkeit durch Gericht herauf- oder herabgesetzt werden	½ des gesetzlichen Erbteils (gesetzlich erben Ehegatten und Kinder zu gleichen Teilen, neben Eltern erbt Ehegatte gesetzlich ½). Erbteile können bei Bedürftigkeit durch Gericht herauf- oder herabgesetzt werden	⅓ des gesetzlichen Erbteils für dauerhaft erwerbsunfähige und bedürftige Eltern und Geschwister, wenn Erblasser kinderlos (gesetzlich erben Eltern und Geschwister neben Ehegatten insgesamt ½)	a) nein b) Abkömmling gegenüber seinem Vorfahren ja	Haager Testamentsformübereinkommen

1 Tabelle nach *Milzer*, BWNotZ 2002, 166 (169), hier überarbeitet mit Süß, Erbrecht in Europa, 2. Auflage 2008. Die Tabelle gibt nur Anhaltspunkte. Im Einzelfall ist die Rechtslage zu überprüfen. Gute Übersichten bieten auch *Fetsch*, RNotZ 2006, 77 (91 ff. „Länderberichte"); *Merkle*, Pflichtteilsrecht und Pflichtteilsverzicht im internationalen Erbrecht, 2008; *Kuhn*, BWNotZ 2006, 139 und BWNotZ 2007, 27.

2 Übersicht bei *Glomb*, ZEV 2005, 151 ff. und ZEV 2009, 183.

Land	**IPR** **a) Mobilien** **b) Immobilien**	**Pflichtteilsausgestaltung**	**Ehegattenpflichtteil**	**Kinderpflichtteil**	**Verwandtenpflichtteil**	**Zulässigkeit von** **a) Erbvertrag/ gemeinschaftlichem Testament** **b) Pflichtteilsverzicht**	**Testamentsform, Sonstiges**
Dänemark[1]	a) Domizil b) Domizil, jedoch teilweise auch lex rei sitae	Noterbrecht	¼ des gesetzlichen Erbteils (der Ehegatte erbt gesetzlich neben Kindern ½, sonst 1/1)	¼ des gesetzlichen Erbteils, testamentarisch. beschränkbar auf Wert von 1 Mio dkr (Kinder erben gesetzlich neben Ehegatten insgesamt ½, sonst 1/1)	Nein	a) Erbvertrag: als Verpflichtung zur Errichtung eines Testaments oder Erbverzicht: ja. Gem. Testament: ja b) Ja § 31ErbG	Haager Testamentsformübereinkommen. Gesetzliches Erbrecht des gleichgeschlechtlichen Partners
Finnland	a) und b) Domizil	Noterbrecht oder schuldrechtlicher Anteil, Wahlrecht des Pflichtteilsberechtigten	Nein, aber eherechtliche Ansprüche, Nutzungsrecht bzgl. des gesamten Nachlasses	½ des gesetzlichen Erbteils (Kinder erben gesetzlich allein). 7. Kap. § 1 ErbG	Nein	a) Erbvertrag nein, gem. Testament ja	Haager Testamentsformübereinkommen. Registrierte gleichgeschlechtliche Partner sind Ehegatten gleichgestellt
Frankreich[2]	a) Domizil b) Belegenheit	Noterbrecht, jedoch in erster Linie in Geld zu erfüllender Ausgleichsanspruch	Nicht neben Abkömmlingen, sonst ¼ des Nachlasses	½ des Nachlasses bei 1 Kind, ⅔ bei zwei Kindern, ¾ bei mehr Kindern (jeweils insgesamt); dem Ehegatten kann Nießbrauch am Gesamtnachlass eingeräumt werden oder zu ¼ Eigentum und über den Rest Nießbrauch	nein, nur Eltern haben bei kinderlosem Erblasser ein Rückforderungsrecht bzgl. Familiengeschenken	a) Grds. nein, aber institution contractuelle b) ja, Art. 929 CC ff.	Haager Testamentsformübereinkommen

1 Übersicht bei *Ring/Olsen-Ring*, ZEV 2008, 76 ff.
2 Übersicht bei *Große-Wilde*, EE 2008, 193 ff.

Land	**IPR** **a) Mobilien** **b) Immobilien**	**Pflichtteilsausgestaltung**	**Ehegattenpflichtteil**	**Kinderpflichtteil**	**Verwandtenpflichtteil**	**Zulässigkeit von** **a) Erbvertrag/ gemeinschaftlichem Testament** **b) Pflichtteilsverzicht**	**Testamentsform, Sonstiges**
Griechenland	a) Heimatrecht b) Heimatrecht Art. 28 ZGB	Noterbrecht Art. 1825 ff. ZGB	½ des gesetzlich Erbteils, also 1/8 neben Kindern, ¼ neben Eltern/ Geschwistern	½ des gesetzlichen Erbteils, also 3/8 für alle Kinder insgesamt. neben Ehegatten, sonst ½	Eltern: ½ des gesetzlichen Erbteils	a) Nein, Art. 1717 ZGB b) Nein, Ausnahme: „lex Onassis„: nichtgriechischer Ehegatte kann in notariellem Vertrag auf Pflichtteil verzichten, wenn sich beide Ehegatten zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Ausland befinden	Haager Testamentsformübereinkommen
Großbritannien	a) Domizil b) Belegenheit Mehrrechtsstaat!	Keine Pflichtteilsrechte, u.U. Unterhaltsansprüche von Kindern und Ehepartner gegen den Nachlass	Nein, in Schottland pflichtteilsähnliche schuldrechtliche Verpflichtung der Erben (legal rights des Ehegatten)	Nein, in Schottland pflichtteilsähnliche schuldrechtliche Verpflichtung der Erben (legal rights der Kinder)	Nein	a) und b) wohl zulässig. Erbverträge aber nicht üblich	Haager Testamentsformübereinkommen
Irland	a) Domizil b) Belegenheit	schuldrechtliche Ansprüche gegen den Nachlass	legal right: 1/3 des Werts des Nachlasses neben Kindern, sonst ½	Grds. nein, aber im Ermessen des Gerichts	Nein	a) und b) wohl zulässig. Erbverträge aber nicht üblich.	Haager Testamentsformübereinkommen
Italien[1]	a) und b) Heimatrecht, Wahlmöglichkeit für Wohnsitzstaat, aber nicht zulasten italienischer Pflichtteilsberechtigter	Noterbrecht mit Herabsetzungsklage, Art. 536 ff. CC	½ des Nachlasses bei kinderlosem Erblasser, 1/3 neben 1 Kind, ¼ neben mehreren Kindern	Neben Ehegatten des Erblassers: 1/3 des Nachlasses bei einem Kind, insgesamt ½ bei mehreren Kindern; bei ledigem Erblasser; ½ bei einem Kind, insgesamt 2/3 bei mehreren Kindern	nur bei kinderlosen Erblasser: eheliche Vorfahren neben Ehegatten insgesamt ¼ des Nachlasses, bei ledigem Erblasser 1/3	a) Nein, aber „patto di famiglia“ (lebzeitige Unternehmensnachfolge) b) Nein	Ortsform genügt gemäß Art. 48 IPRG
Kanada	a) Domizil b) Belegenheit Mehrrechtsstaat	Keine Pflichtteilsrechte, u.U. Unterhaltsansprüche des Ehepartners	Nein. Unterhaltsansprüche	Nein	Nein	a) und b) wohl zulässig. Erbverträge aber nicht üblich	Ortsform

1 Übersicht bei *Reiß*, ZEV 2005, 148 ff. und *Castelli*, ZEV 2009, 186.

Land	IPR a) Mobilien b) Immobilien	Pflichtteilsausgestaltung	Ehegattenpflichtteil	Kinderpflichtteil	Verwandtenpflichtteil	Zulässigkeit von a) Erbvertrag/gemeinschaftlichem Testament b) Pflichtteilsverzicht	Testamentsform, Sonstiges
Kroatien	Heimatrecht Art. 30 IPRG	Noterbrecht mit Herabsetzungsklage	½ des gesetzlichen Erbteils (gesetzlich erben Ehegatte und Kinder zu gleichen Teilen, neben Eltern erbt Ehegatte gesetzlich ½)	½ des gesetzlichen Erbteils (gesetzlich erben Ehegatte und Kinder zu gleichen Teilen, neben Eltern erbt Ehegatte gesetzlich ½)	Eltern: ⅓ des gesetzlichen Erbteils (Eltern erben gesetzlich neben Kindern nichts, neben Ehegatten ½)	a) und b) grds. nein, im Verhältnis der Abkömmlinge zu den Vorfahren oder der Eheleute zueinander aber vorweggenommene Ausschlagung in notarieller Form möglich	Haager Testamentsformübereinkommen. Überlebender einer verschiedengeschlechtlichen nichtehelichen Lebensgemeinschaft ist den Ehegatten gleichgestellt, wenn die Gemeinschaft mindestens 3 Jahre besteht oder ein Kind daraus hervorgeht, die Gemeinschaft durch Tod beendet wird und alle materiellen Voraussetzungen für das Eingehen einer Ehe vorliegen.
Luxemburg	a) Domizil b) Belegenheit	Noterbrecht mit Herabsetzungsklage	Nein	½ des Nachlasses bei 1 Kind, insgesamt ⅔ bei zwei Kindern, ¾ bei mehr Kindern	Nein	a) Grds. nein b) Nein, Art. 791 Cciv	Haager Testamentsformübereinkommen
Montenegro	Heimatrecht, Art. 30 IPRG	Noterbrecht	½ des gesetzlichen Erbteils (gesetzlich erben Ehegatte und eheliche Kinder zu gleichen Teilen, neben Eltern erbt Ehegatte gesetzlich ½)	½ des gesetzlichen Erbteils (gesetzlich erben Ehegatte und Kinder zu gleichen Teilen)	⅓ des gesetzlichen Erbteils (bei kinderlosem Erblasser erben Eltern und deren Abkömmlinge neben Ehegatten gesetzlich ½, bei kinderlosem Erblasser 1/1)	a) nein, aber mit Zustimmung aller Abkömmlinge Übergabevertrag möglich; b) mit gerichtlich beurkundetem Vertrag zwischen Erblasser und potentiellem Erben kann künftige Erbfolge unwiderruflich ausgeschlossen werden	Haager Testamentsformübereinkommen

Land	**IPR** **a) Mobilien** **b) Immobilien**	**Pflichtteilsausgestaltung**	**Ehegattenpflichtteil**	**Kinderpflichtteil**	**Verwandtenpflichtteil**	**Zulässigkeit von** **a) Erbvertrag/ gemeinschaftlichem Testament** **b) Pflichtteilsverzicht**	**Testamentsform, Sonstiges**
Niederlande[1]	a) und b) grds. Domizil, wenn gewöhnlicher Aufenthalt zum Todeszeitpunkt im Heimatstaat oder während der letzten 5 Jahre ununterbrochen gewöhnlicher Aufenthalt im Domizilstaat, hilfsweise Heimatrecht. Rechtswahlmöglichkeiten	seit 1.1.2003 schuldrechtlicher Zahlungsanspruch	grds. nein, nur Nießbrauchsrecht an der Wohnung, im Versorgungsfall u.U. auch an weiteren Nachlassgegenständen	½ des Werts des gesetzlichen Erbteils (Kinder erben gesetzlich neben Ehepartner gleich, allerdings haben Kinder gegen Ehepartner nur Geldzahlungsanspruch, der grds. erst mit Tod des längerlebenden Ehegatten fällig wird. Neben sonstigen erben Kinder 1/1)	Keiner	a) und b): Nein	Haager Testamentsformübereinkommen. Gleichgeschlechtliche Ehe möglich
Österreich	a) und b) §§ 28 i.V.m. 9 AGBGB grds. Heimatrecht	Schuldrechtlicher Zahlungsanspruch	½ des Werts des gesetzlichen Erbteils (Ehegatten erben gesetzlich neben Kindern 1/3, neben Großeltern, Eltern und Geschwistern 2/3)	½ des Werts des gesetzlichen Erbteils (Kinder erben gesetzlich neben Ehegatten insgesamt 2/3, sonst 1/1)	Eltern: 1/3 des Werts des gesetzlichen Erbteils (Eltern erben gesetzlich neben Ehegatten insgesamt 1/3)	a) und b): Ja Erbvertrag/ gem. Testament nur zwischen Ehegatten und Brautleuten	Haager Testamentsformübereinkommen. Pflichtteilsminderungsmöglichkeit auf ½ des normalen Pflichtteils, wenn kein Näheverhältnis zwischen Kind und Elternteil
Polen	Heimatrecht, § 34 IPRG	Schuldrechtlicher Zahlungsanspruch	2/3 des Werts des gesetzlichen Erbteils, wenn dauernd arbeitsunfähig, sonst ½ (Ehegatte erbt gesetzlich neben Kindern gleich, mind. ¼, neben Eltern und Geschwistern (-kindern) ½).	2/3 des Werts des gesetzlichen Erbteils, wenn dauernd arbeitsunfähig oder minderjährig, sonst ½ (Kinder erben gesetzlich neben Ehegatten gleich, insgesamt höchstens ¾).	Eltern: 2/3 des Werts des gesetzlichen Erbteils, wenn dauernd arbeitsunfähig, sonst ½ (Eltern erben gesetzlich neben Kindern nichts, neben Ehegatten grds. insgesamt ¼).	a) nein b) ja	Haager Testamentsformübereinkommen

1 Übersicht bei *Schimansky*, ZEV 2003, 149 (151).

Land	**IPR** **a) Mobilien** **b) Immobilien**	**Pflichtteilsausgestaltung**	**Ehegattenpflichtteil**	**Kinderpflichtteil**	**Verwandtenpflichtteil**	**Zulässigkeit von** **a) Erbvertrag/ gemeinschaftlichem Testament** **b) Pflichtteilsverzicht**	**Testamentsform, Sonstiges**
Portugal	Heimatrecht	Noterbrecht mit Herabsetzungsklage	Noterbteil des Ehegatten bei eltern- und kinderlosem Erblasser ½ des Nachlasses, bei kinderlosem zusammen mit Vorfahren ⅔	Noterbteil umfasst bei ledigem Erblasser für 1 Kind ½ des Nachlasses, für mehrere Kinder insgesamt ⅔; Noterbteil von Kindern und Ehegatten umfasst insgesamt ⅔, daran alle gleichberechtigt, Ehegatte mindestens zu ¼	Vorfahren neben Ehegatten: Noterbrecht umfasst insgesamt ⅔ des Nachlasses; Eltern allein: Noterbrecht umfasst insgesamt ½; weitere Vorfahren allein: Noterbrecht umfasst insgesamt ⅓	a) und b): Nein	Heimatrecht oder Ortsform; wohl auch deutsches notarielles Testament, sicherer aber internationales Testament nach UNIDROIT-Abkommen
Rumänien	a) Heimatrecht b) Belegenheitsrecht Rechtswahl möglich	Noterbrecht mit Herabsetzungsklage	½ des Nachlasses ohne sonstige Verwandte, ⅛ neben Kindern, ¼ neben Eltern oder Geschwistern, ⅙ neben Eltern und Geschwistern, ⅜ neben sonstigen Verwandten	½ des Nachlasses bei 1 Kind, insgesamt ⅔ bei 2 Kindern, insgesamt ¾ bei mehr Kindern	Bei kinderlosem Erblasser jeder Elternteil ¼ des Nachhass	a) und b): Nein, Art. 857, 938, 965 CC	Ortsform genügt, auch Form des Heimatrechts, Wohnsitzrechts, Recht des Belegenheitsorts des Verfügungsgegenstands
Schweden	Heimatrecht; Sonderregeln für Staaten des Nordischen Rates: Dänemark, Finnland, Island, Norwegen, Schweden	Für Kinder Noterbrecht mit Herabsetzungsklage	Nein, nur sog. „Versorgungsgrundbetrag" und güterrechtliche Ansprüche	je Kind ½ des Nachlasses geteilt durch die Zahl der Kinder. Wenn Ehegatte Alleinerbe können gem. Kinder Anteil erst mit Tod des Ehegatten verlangen, Kinder nur des Erblassers sofort	Nein	a) Erbvertrag: Nein, gem. Testament: Ja, aber keinerlei Bindung b) Bei Abkömmlingen grds. ja	Ortsform genügt gem. § 4 Gesetz betreffend internationale Verhältnisse in Nachlasssachen. Der Ehegatte ist auch bei Vorhandensein von Kindern alleiniger gesetzlicher (Vor)Erbe

Land	**IPR** **a) Mobilien** **b) Immobilien**	**Pflichtteilsausgestaltung**	**Ehegattenpflichtteil**	**Kinderpflichtteil**	**Verwandtenpflichtteil**	**Zulässigkeit von** **a) Erbvertrag/gemeinschaftlichem Testament** **b) Pflichtteilsverzicht**	**Testamentsform, Sonstiges**
Schweiz	a) und b) Domizil, Schweizer mit Wohnsitz im Ausland kann Schweizer Recht, Ausländer in der Schweiz kann Heimatrecht wählen	Noterbrecht mit Herabsetzungsklage	½ des Nachlasses, wenn weder Kinder noch Eltern oder deren Abkömmlinge vorhanden, ¼ neben Kindern, ⅜ neben Eltern und/oder deren Abkömmlingen	insgesamt ¾ des Nachlasses bei ledigem Erblasser, neben Ehegatten insgesamt ⅜	jeder Elternteil bei kinderlosem Erblaser neben Ehegatten je 1/16 des Nachlasses, bei kinderlosem und ledigem Erblasser je ¼	a) Erbverträge ja, gem. Testament nein b) Ja	Haager Testamentsformübereinkommen. Gleichgeschlechtliche eingetragene Lebenspartner stehen Ehegatten gleich
Serbien	Heimatrecht, Art. 30 IPRG	Schuldrechtlicher Anspruch	½ des Werts des gesetzlichen Erbteils (gesetzlich erben Ehegatte und eheliche Kinder zu gleichen Teilen, bei kinderlosem Erblasser erbt Ehegatte neben Eltern gesetzlich ½)	½ des Werts des gesetzlichen Erbteils (gesetzlich erben Ehegatte und eheliche Kinder zu gleichen Teilen)	Eltern: ⅓ des Werts des gesetzlichen Erbteils (neben kinderlosem Ehepartner erben sie zu ½) Geschwister/Großeltern: ⅓ des Werts des gesetzlichen Erbteils, wenn dauerhaft arbeitsunfähig und bedürftig	a) und b) nein	Haager Testamentsformübereinkommen
Slowenien	a) und b) Heimatrecht	Noterbrecht mit Herabsetzungsklage	½ des gesetzlichen Erbteils (gesetzlich erben Ehegatte und Kinder zu gleichen Teilen, bei kinderlosem Erblasser erbt Ehegatte neben Eltern ½, neben sonstigen Verwandten 1/1; gerichtliche Heraufsetzung möglich bei Bedürftigkeit)	½ des gesetzlichen Erbteils (gesetzlich erben Ehegatte und Kinder zu gleichen Teilen)	Eltern ½, Großeltern und Geschwister bei Bedürftigkeit ⅓ des gesetzlichen Erbteils (Eltern erben gesetzlich bei kinderlosem Erblasser neben Ehegatten ½; Großeltern und bei Vorversterben deren Abkömmlinge nur, wenn weder Kinder noch Ehegatte oder Eltern vorhanden	a) nein, Art. 103 ErbG, b) unwiderrufliche Ausschlagung zu Lebzeiten möglich	Haager Testamentsformübereinkommen. Nichteheliche verschiedengeschlechtliche Lebenspartner ist dem Ehegatten gleichgestellt, wenn langandauernde Wohn- und Lebensgemeinschaft und materielle Voraussetzungen für Ehe gegeben. Sonderregelung für Vererbung landwirtschaftlicher Grundstücke

Land	**IPR** **a) Mobilien** **b) Immobilien**	**Pflichtteilsausgestaltung**	**Ehegattenpflichtteil**	**Kinderpflichtteil**	**Verwandtenpflichtteil**	**Zulässigkeit von** **a) Erbvertrag/ gemeinschaftlichem Testament** **b) Pflichtteilsverzicht**	**Testamentsform, Sonstiges**
Spanien	a) und b) Heimatrecht	Noterbrecht mit Herabsetzungsklage	Nießbrauchsrecht an 1/3 des Nachlasses neben Kindern, an ½ neben Verwandten, an 2/3 im Übrigen	Insgesamt 2/3, die Hälfte hiervon kann aber als Aufbesserung unter den Abkömmlingen frei verteilt werden	Vorfahren bei kinderlosem Erblasser neben Ehegatten 1/3, sonst ½	a) und b) grundsätzlich nein	Haager Testamentsformübereinkommen. Mehrrechtsstaat mit regionalen Besonderheiten
Tschechische Republik	a) und b) Heimatrecht	Noterbrecht § 479 ZGB	Nein	minderjährige Kinder gesetzlicher Erbteil, volljährige ½ des gesetzlichen Erbteils (gesetzlich erben Kinder und Ehegatte zu gleichen Teilen),	Nein	a) und b): Nein	Haager Testamentsformübereinkommen
Türkei	a) Heimatrecht b) Belegenheit	Noterbrecht mit Herabsetzungsklage	bei kinderlosem Erblasser ¾ des Nachlasses, neben Eltern ½, neben Kindern ¼	bei ledigem Erblasser insgesamt ½ des Nachlasses, neben Ehegatten 3/8	bei kinderlosem Erblasser: Eltern insgesamt ¼ des Nachlasses, Geschwister (bei Vorversterben der Eltern) neben Ehegatten insgesamt 1/16, bei ledigem Erblasser 1/8 des Nachlasses	a) Erbvertrag ja, gem. Testament: nein b) ja	Haager Testamentsformübereinkommen. Mit Deutschland gilt Nachlassabkommen von 1929
Ungarn	a) und b) Heimatrecht	Schuldrechtlicher Anspruch, u.U. Befriedigung in natura möglich	Neben Kindern nur Nießbrauch, ohne Kinder ½ des Werts des Nachlasses (berechnet ohne das von Vorfahren des Erblassers ererbte oder geschenkte Vermögen)	insgesamt ½ des Werts des Nachlasses (Kinder sind alleinige gesetzliche Erben)	Erblasser ohne Abkömmlinge: Eltern neben Ehegatten ½ des von Vorfahren des Erblassers ererbten oder geschenkten Vermögens, sonst ½ des Werts des Gesamtnachlasses	a) Erbvertrag mit Gegenleistung ja, gem. Testament nein, b) Ja	Ortsform, § 36 Abs. 2 Satz 2 IPR VO

Land	**IPR** **a) Mobilien** **b) Immobilien**	**Pflichtteilsausgestaltung**	**Ehegattenpflichtteil**	**Kinderpflichtteil**	**Verwandtenpflichtteil**	**Zulässigkeit von** **a) Erbvertrag/ gemeinschaftlichem Testament** **b) Pflichtteilsverzicht**	**Testamentsform, Sonstiges**
USA	a) Domizil b) Belegenheit Mehrrechtsstaat!	Grds. keinerlei Pflichtteils- oder Noterbrechte	Meist Nießbrauchsrecht auf Lebenszeit, insbesondere Familienheim („dower bzw. curtesy"), auch „elective share", d.h. der Ehegatte kann unabhängig vom Inhalt eines Testaments seinen gesetzlichen Erbteil geltend machen (an sich anstelle des ihm im Testament Zugedachten.)	nur in vereinzelten Staaten	Nein	a) Erbvertrag nein, gem. Testament ja mit Ausnahmen b) Verzicht auf Ehegattenrechte möglich	Testamentsform für bewegliches Vermögen Domizil, für unbewegliches Vermögen Belegenheit

E. Pflegestatistik 2007 Deutschlandergebnisse – Tabelle 1

1. Pflegebedürftige zum Jahresende 2007

1.2 Alter und „Pflegequote“

Alter von … bis unter … Jahren	Pflegebedürftige					Anteil an jeweiliger Bevölkerungsgruppe Pflegequote			Bevölkerung		
	insgesamt	Veränderungen zu 2005	davon		darunter weiblich	insgesamt	männlich	weiblich	insgesamt	männlich	weiblich
			zu Hause versorgt	in Heimen							
	Anzahl	%	Anzahl			%					
unter 15	63 164	2,4	62912	252	29214	0,6	0,6	0,5	11281696	5788507	5493189
16–60	252828	4,7	219711	33117	122142	0,5	0,5	0,5	50166469	25451930	24714539
60–65	69533	6,3	53356	16177	33629	1,6	1,7	1,6	4250928	2088901	1163027
65–70	139237	1,0	104168	35069	68796	2,5	2,8	2,25	5324024	2552272	1771752
70–75	204522	10,6	152245	52277	111801	4,8	4,8	4,9	4218662	1933353	2285279
75–80	303446	3,6	218627	84819	190025	10,0	8,9	10,7	3048922	1281058	1767864
80–85	438738	0,3	290773	147965	324972	20,0	15,6	22,2	2192107	730162	1461945
85–90	447304	34,0	268379	178925	359275	37,2	27,5	40,7	1202162	319574	832588
90 und mehr	328057	9,9	167347	160710	278029	61,6	38,9	68,8	532867	128505	404362
insgesamt	2246829	5,6	1537518	709311	1517883	2,7	1,8	3,6	82217837	40274292	41943545

IX. Die Testamentsvollstreckung

Schrifttum: *Bengel/Reimann*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 3. Aufl. 2001; *Damrau*, Der Nachlass vor Beginn des Testamentsvollstreckeramtes, ZEV 1996, 81; *Demme*, Umsatzsteuer bei der Testamentsvollstreckervergütung, ErbStB 2007, 50; *Deutscher Notarverein*, Empfehlungen des Deutschen Notarvereins für die Vergütung des Testamentsvollstreckers, notar 2000, 2; *Dörrie*, Testamentsvollstreckung im Recht der Personenhandelsgesellschaften und der GmbH, 1994; *Ebeling*, Erweiterter Abzug von Testamentsvollstreckergebühren nach gewandeltem Einkommensteuerrechts-Verständnis des Bundesfinanzhofs zur Erbauseinandersetzung, BB 1992, 325; *Everts*, Die Testamentsvollstreckung an Personengesellschaftsbeteiligungen in der notariellen Praxis, MittBayNot. 2003, 427; *Gluth*, Das Amt des Testamentsvollstreckers, ErbStB 2007, 23; *Groß*, Stimmrecht und Stimmrechtsausschluss bei der Testamentsvollstreckung am GmbH-Anteil, GmbHR 1994, 596; *Grunsky*, Die Teilbarkeit des Testamentsvollstreckeramtes, ZEV 2005, 41; *Gschwendtner*, Testamentsvollstreckung an einem Kommanditanteil, NJW 1996, 362; *Haas/Lieb*, Die Angemessenheit der Testamentsvollstreckervergütung nach § 2221 BGB, ZErb 2002, 202; *Häfke*, Steuerliche Pflichten, Rechte und Haftung des Testamentsvollstreckers, ZEV 1997, 429; *Heinz-Grimm/Krampe/Pieroth*, Testamente zugunsten von Menschen mit geistiger Behinderung, 3. Aufl., 1997; *Jung*, Unentgeltliche Verfügungen des Testamentsvollstreckers und des befreiten Vorerben, Rpfleger 1999, 204; *Kanzler*, Der Rechtsanwalt als Konkursverwalter oder zu den Gefahren einer gemischten Tätigkeit, FR 1994, 114; *Kirnberger*, Die steuerliche Behandlung der Testamentsvollstreckervergütung, Diss. Passau 1998; *Kirnberger*, Testamentsvollstreckervergütung und Umsatzsteuer, ZEV 1998, 342; *Kirnberger*, Besteuerung der Testamentsvollstreckervergütung als Einkommen oder Vermögensanfall von Todes wegen, ZEV 2001, 267; *Kirnberger*, Kapitalgesellschaften als Testamentsvollstrecker, ErbStB 2008, 212; *Klumpp*, Handlungsspielraum und Haftung bei Vermögensanlagen durch den Testamentsvollstrecker, ZEV 1994, 65; *Krampe*, Testamentsgestaltung zugunsten eines Sozialhilfeempfängers, AcP 191, 526; *Lieb*, Die Vergütung des Testamentsvollstreckers, 2004; *Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, 1995; *Mayer, D.*, Testamentsvollstreckung und Kommanditanteil, ZIP 1990, 976; *Mayer/Bonefeld/Daragan*, Praxishandbuch Testamentsvollstreckung, 2000; *Meyding*, Erbvertrag und nachträgliche Auswechslung des Testamentsvollstreckers, ZEV 1994, 98; *Möhring/Beisswingert/Klingelhöffer*, Vermögensverwaltung in Vormundschafts- und Nachlasssachen, 7. Aufl. 1992; *Molitoris*, Die Verwaltung des Nachlasses durch mehrere Testamentsvollstrecker, Diss. Aachen 2005; *Morgen v.*, Die Testamentsvollstreckervergütung bei Erbteilsvollstreckungen, ZEV 1996, 170; *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, 1994; *Muscheler*, Testamentsvollstreckung über Erbteile, AcP 195, 35; *Muscheler*, Die Entlassung des Testamentsvollstreckers, AcP 197, 227; *Muscheler*, Die Freigabe von Nachlassgegenständen durch den Testamentsvollstrecker, ZEV 1996, 401; *Muscheler*, Die vom Testamentsvollstrecker erteilte Vollmacht, ZEV 2008, 213; *Muscheler*, Der Pflichtteilsberechtigte als Beteiligter im Sinne des § 2227 BGB, ZErb 2009, 54; *Noll/Schuck*, Abzugsfähigkeit der Gebühren des – steuerberatenden – Testamentsvollstreckers, DStR 1993, 1437; *Pickel*, Die Haftung des Testamentsvollstreckers und seine Versicherung, 1986; *Plank, S.*, Die Eintragungsfähigkeit des Testamentsvollstreckervermerks im Handelsregister, ZEV 1998, 325; Testamentsvollstreckung und Handelsregister, 1998; *Preuschen v.*, Testamentsvollstreckung für Erbteile, FamRZ 1993, 1390; *Reimann*, Testamentsvollstreckung in der Wirtschaftspraxis, 3. Aufl. 1998; *Reimann*, Die Kontrolle des Testamentsvollstreckers, FamRZ 1995, 588; *Reimann*, Zur Festsetzung der Testamentsvollstreckervergütung, ZEV 1995, 57; *Reimann*, Die Berechnung der Testamentsvollstreckervergütung nach den neueren Tabellen, DStR 2002, 208; *Reimann*, Vereinbarungen zwischen Testamentsvollstreckern

und Erben über die vorzeitige Beendigung der Testamentsvollstreckung, NJW 2005, 789; *Reimann*, Zur Beweislast im Testamentsvollstreckerhaftpflichtverfahren, ZEV 2006, 186; *Reimann*, Vereinbarungen zwischen Testamentsvollstreckern und Erben über die vorzeitige Beendigung der Testamentsvollstreckung, NJW 2005, 789; *Säcker*, Die Bestimmung des Nachfolgers durch den Testamentsvollstrecker, ZEV 2006, 288; *Scheuren-Brandes*, Auseinandersetzungsverbot und Dauertestamentsvollstreckung gem. §§ 2209 ff., ZEV 2007, 306; *Schuhmann*, Zur Angemessenheit des Testamentsvollstreckerhonorars im Erbschaftsteuerrecht, UVR 1991, 363; *Skibbe*, Zur Kumulation von Testamentsvollstreckeraufgaben in einer Hand, FS Hans Erich Brandner 1996, 769; *Tersteegen*, Sozialhilferechtliche Verwertbarkeit von Vermögen bei Anordnung von Verwaltungstestamentsvollstreckung, ZEV 2008, 121; *Tiling*, Die Vergütung des Testamentsvollstreckers, ZEV 1998, 331; *Tolksdorf*, Vermögensverwaltung durch den Testamentsvollstrecker in der Praxis, ErbStB 2008, 54 ff., 86 ff., 118 ff. u. 144 ff.; *Tolksdorf/Simon*, Erbschaftsteuerliche Rechte und Pflichten des Testamentsvollstreckers, ErbStB 2008, 336 u. 360; *Ulmer*, Testamentsvollstreckung am Kommanditanteil – Voraussetzungen und Rechtsfolgen, NJW 1990, 73; *Voss*, Die Ermittlung der Bemessungsgrundlage der Testamentsvollstreckervergütung – insbesondere die Berücksichtigung des „fiktiven Nachlasses", ZErb 2007, 241; *Wacke*, Die Testamentsvollstreckung im deutschen und europäischen Recht, Jura 1989, 577; *Werner*, Die Testamentsvollstreckung im Recht der GmbH & Co. KG, NWW 2007, 3827; *Werner*, Die Testamentsvollstreckung an einer GmbH & Co. KG, ZErb 2008, 195; *Winkler*, Der Testamentsvollstrecker nach bürgerlichem, Handels- und Steuerrecht, 19. Aufl. 2008; *Zimmermann, W.*, Die Testamentsvollstreckung, 3. Aufl. 2008; *Zimmermann, W.*, Die Auswahl von Testamentsvollstreckern, Nachlasspflegern und Nachlassverwaltern durch das Nachlassgericht, ZEV 2007, 313; *Zimmermann, W.*, Erbrecht, 2. Aufl. 2007.

	Rz.
I. Plädoyer für die Testamentsvollstreckung	
1. Elementarziele des Erblassers	1
2. Funktionen der Testamentsvollstreckung	2
3. Die Person des Testamentsvollstreckers	14
II. Allgemeine Ratschläge für die Amtsführung	15
III. Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers und Abgrenzung zu anderen Rechtsfiguren (insbesondere Vollmacht)	
1. Rechtsstatus	21
2. Testamentsvollstreckung und trans- sowie postmortale Vollmacht	22
IV. Wer kann Testamentsvollstrecker sein?	
1. Keine Amtsfähigkeit	26
2. Eignung zum Testamentsvollstrecker	27
3. Steuerberater und Banken als Testamentsvollstrecker	28
V. Arten der Testamentsvollstreckung	
1. Ist Testamentsvollstreckung gewollt?	29
2. Überblick über die Testamentsvollstreckungsarten	31
3. Die Abwicklungstestamentsvollstreckung	33
4. Dauer- und Verwaltungstestamentsvollstreckung	34
a) Anordnung	35
b) Wirksamkeit der Anordnung	36
c) Liste der Zwecke einer Verwaltungsvollstreckung	37
5. Testamentsvollstreckung als differenziertes Gestaltungsmittel (Erweiterungen und Beschränkungen)	
a) Der Wille des Erblassers	40
b) Erweiterung der Kompetenzen	41
c) Beschränkung der Kompetenzen	43
d) Folgen der Kompetenzüberschreitung	

Rz.

aa) Dingliche Wirkung der Verfügungsbeschränkung 50
bb) Gutglaubensschutz 51
cc) Dürfen Erbe und Testamentsvollstrecker trotz Beschränkung gemeinsam verfügen? 52
6. Testamentsvollstreckung über Vor- und Nacherbschaft 53
a) Kombinationsmöglichkeiten 54
b) Wann empfiehlt sich Anordnung der Nacherbenvollstreckung gemäß § 2222 BGB? .. 56
c) Welche Rechte besitzt der Testamentsvollstrecker bei Vor- und Nacherbschaft?
aa) Nacherbenvollstrecker .. 57
bb) Testamentsvollstreckung für Vor- und Nacherben . 58
cc) Testamentsvollstreckung nur für den Vorerben 59
dd) Testamentsvollstreckung nur für den Nacherben .. 60
7. Vermächtnistestamentsvollstreckung 61
a) Erfüllungsvollstreckung für das Hauptvermächtnis 62
b) Erfüllungsvollstreckung für ein Untervermächtnis etc. .. 63
c) Verwaltungsvollstreckung für ein Vermächtnis 64
d) Sonstiges 65
8. Testamentsvollstreckung und Behindertentestament 66
9. Testamentsvollstreckung bei verschwenderischem Pflichtteilsberechtigten 67

VI. Der Nachlass vor Beginn der Testamentsvollstreckung

1. Verzögerter Amtsbeginn, Probleme der Handlungsunfähigkeit 68
2. Lösungswege in der Praxis
a) Vorausschauende Maßnahmen des Erblassers 69
b) Maßnahmen des Erben nach Eintritt des Erbfalls 70

VII. Anordnung und Beginn der Testamentsvollstreckung 71

1. Die Anordnung 72
2. Die Ernennung 73
3. Der Amtsbeginn 74

Rz.

VIII. Erbschein, Grundbuch, Handelsregister

1. Erbschein 75
2. Grundbuch 76
3. Handelsregister 77

IX. Das Testamentsvollstreckerzeugnis

1. Legitimationsfunktion 78
2. Was beweist das Testamentsvollstreckerzeugnis? 79
3. Arten von Testamentsvollstreckerzeugnissen 80
4. Inhalt des Testamentsvollstreckerzeugnisses 81
5. Erteilungsverfahren 82

X. Muss der Pflichtteilsberechtigte die Testamentsvollstreckung dulden?

1. Grundmodelle (altes Recht) ... 83
2. Quotentheorie (altes Recht) ... 85
3. Folgen der Unwirksamkeit (altes Recht) 86
4. Neues Recht 86a

XI. Das Rechtsverhältnis zwischen Testamentsvollstrecker und Gerichten

1. Das Rechtsverhältnis zum Nachlassgericht 87
2. Das Rechtsverhältnis zum Prozessgericht 88

XII. Aufgaben des Testamentsvollstreckers

1. Allgemeine Umschreibung und Beurteilungsmaßstab für das Handeln des Testamentsvollstreckers 89
2. Was der Testamentsvollstrecker nicht kann 91
3. Inbesitznahme und Konstituierung des Nachlasses
a) Inbesitznahme 92
b) Nachlassverzeichnis 93
4. Die Pflicht zur Verwaltung
a) Einführende Beratungshinweise 94
b) Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung
aa) Objektiver Maßstab 95
bb) Vorgaben des Erblassers . 96

Rz.

cc) Ermessen des Testamentsvollstreckers 97
dd) Außerkraftsetzung von Verwaltungsanordnungen 98
ee) Anlagepolitik 99
c) Verpflichtungsbefugnis 100
d) Verfügungsbefugnis 102
e) Schenkungsverbot 108
5. Erfüllung der Nachlassverbindlichkeiten 111
6. Erstellung und Durchführung des Auseinandersetzungsplans
a) Strategie 114
b) Die Bedeutung des Auseinandersetzungsplans 115
c) Abweichungen 116
7. Höchstpersönlichkeit, Auskunfts- und Rechnungslegungspflicht
a) Persönliche Pflicht zur Amtsführung 119
b) Benachrichtigung 121
c) Auskunft 122
d) Rechenschaftsablegung 124
8. Prozessführung und Zwangsvollstreckung 129
a) Aktivprozesse 129a
b) Passivprozesse 130
9. Herausgabe des Nachlasses
a) Herausgabe während der Testamentsvollstreckung 135
b) Herausgabe am Ende der Testamentsvollstreckung 141
10. Besonderheiten bei der Verwaltungsvollstreckung 142

XIII. Nachlassverwaltung und Nachlassinsolvenzverfahren

1. Nachlassverwaltung 144
2. Nachlassinsolvenzverfahren ... 145

XIV. Testamentsvollstrecker und Steuern

1. Eindringliche Warnung 146
2. Drei Phasen des Entstehens von Steuerschulden
a) Vor dem Erbfall entstehende Steuern 147
b) Durch den Erbfall entstandene Steuern 150
c) Nach dem Erbfall entstehende Steuern 153

Rz.

3. Steuerliche Geltendmachung des Testamentsvollstreckerhonorars 156

XV. Testamentsvollstreckung über ein Unternehmen

1. Kennzeichnung des Problems und Weg der Darstellung 157
2. Der Abwicklungsvollstrecker . 158
3. Der Verwaltungsvollstrecker
a) Einzelkaufmännisches Unternehmen 159
aa) Vollmachtlösung 160
bb) Treuhandlösung 161
cc) Beaufsichtigende Testamentsvollstreckung 162
dd) Echte Testamentsvollstrecker-Lösung 163
b) Personengesellschaften
aa) OHG-Gesellschafter und KG-Komplementär . 165
bb) Kommanditist 166
c) GbR-Anteil und stille Gesellschaft 167
d) GmbH-Anteil 168
e) Aktien 169
f) Partnerschaftsgesellschaft .. 170

XVI. Mehrere Testamentsvollstrecker

1. Die Frage nach dem Sinn 171
2. Kompetenzzuweisungen 172
3. Meinungsverschiedenheiten zwischen den Testamentsvollstreckern 173
4. Notwendige Erhaltungsmaßnahmen 174
5. Haftung 175

XVII. Die Haftung des Testamentsvollstreckers

1. Haftung wem gegenüber? 176
2. Haftung für welchen Zeitraum? 177
3. Die Haftungsvoraussetzungen
a) Schaden, objektive Pflichtverletzung 178
b) Verschulden 181
4. Haftungsbefreiung 182
5. Verjährung 183
6. Entlastung 184
7. Der Haftpflichtprozess gegen den Testamentsvollstrecker ... 185
8. Haftpflichtversicherung 186

Rz.
9. Haftung des Erben für den Testamentsvollstrecker 187
XVIII. Internationale Testamentsvollstreckung 188
XIX. Die Beendigung des Amtes
1. Auflistung der Beendigungsgründe 189
2. Kündigung durch den Testamentsvollstrecker
a) Grundsätze 190
b) Abweichende Vereinbarungen 191
3. Entlassung des Testamentsvollstreckers
a) Formalia 192
b) Ermessen, Beurteilungsmaßstab 195
c) Entlassungsgründe 196
aa) Grobe Pflichtverletzung . 197
bb) Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung 200
cc) Feindschaft, Misstrauen . 201
XX. Die Vergütung des Testamentsvollstreckers
1. Zur Grundidee dieses Abschnitts 202
Rz.
2. Vorrang des Erblasserwillens .. 203
3. Zuständigkeit bei Streit 204
4. Der vermeintliche Testamentsvollstrecker 205
5. Mehrere Testamentsvollstrecker 206
6. Die Höhe der Vergütung
a) Grundlagen der Bemessung . 207
b) Regelvergütung 208
c) Sondervergütungen 209
d) Tabellenstreit um die Prozentsätze 210
aa) „Rheinische Tabelle“ ... 211
bb) „Rheinische Tabelle“ plus Zuschlag (Alternativ-Vorschläge) 212
cc) Empfehlung Deutscher Notarverein 212a
dd) Eigener Vorschlag 213
7. Einkommensteuer, Mehrwertsteuer 215
8. Fälligkeit, Vorschuss, Entnahme, Zurückbehaltungsrecht ... 216
9. Verjährung 217
10. Minderung, Verwirkung der Vergütung 218
11. Aufwendungsersatz, Auslagen . 219
12. Schuldner der Vergütung 221

I. Plädoyer für die Testamentsvollstreckung

1. Elementarziele des Erblassers

➲ **Beratungssituation:** In dieser Beratungssituation geht der Berater mit sich selbst zu Rate und erstellt zur Vorbereitung auf zukünftige Gespräche mit dem Mandanten eine Liste von Argumenten, die zeigen, warum die Testamentsvollstreckung in vielen Fällen eine außerordentlich sinnvolle, ja notwendige Gestaltungsempfehlung sein kann.

Es gibt Kanzleien, in denen sich schon deutlich mehr als 80 % der Mandanten in ihren letztwilligen Verfügungen für die Anordnung einer Testamentsvollstreckung entscheiden, nachdem ihnen dort dazu geraten wurde. Hier spiegelt sich die richtige Erkenntnis wider, dass die Hauptziele des Erblassers, nämlich 1

- **gerechte Verteilung**
- **Schutz des Vermögens**
- **Familienfrieden**
- **Steuerersparnis**

oft besser verwirklicht werden, wenn die Verantwortung für die Nachlassabwicklung oder -verwaltung einem Testamentsvollstrecker übertragen ist. Zwar liegen die oft zitierten **Nachteile** der Testamentsvollstreckung auf der Hand: Kosten des Testamentsvollstreckers und das (keineswegs immer unbegründete) Gefühl der Bevormundung auf Seiten der Erben. Und in der Tat gibt es Erbfälle, die keiner Testamentsvollstreckung bedürfen, zum Beispiel wenn der Nachlass klein oder einfach strukturiert ist oder wenn nur eine Person erbt, die mit dem Vermögensübergang keine Probleme hat. Ohne Frage jedoch, das bezeugen die zahlreichen familienzerstörenden Erbstreitigkeiten und unnötigen Substanzverluste vieler Nachlässe, müsste weit häufiger Testamentsvollstreckung verfügt werden, als es heute allgemein geschieht. Die Ausführungen in diesem Kapitel sind daher zugleich als eine Werbung gemeint für eine Institution, die, weil sie so Segensreiches bewirken kann, bei der Gestaltung letztwilliger Verfügungen in Zukunft mehr in den Blick geraten sollte, zumal Recht und Gesetz dem immer wieder befürchteten Amtsmissbrauch in vielfacher Hinsicht einen Riegel vorschieben, denn es ist sicher nicht übertrieben, wenn man sagt, dass die Pflichten eines Testamentsvollstreckers seine Rechte bei weitem übertreffen. So wird es von den Trägern dieses Amts in der Regel auch empfunden.

2. Funktionen der Testamentsvollstreckung

Will der Berater beim Mandanten Verständnis wecken für Sinn und Zweck der Testamentsvollstreckung, kann er u.a. auf folgende **zwölf Funktionen** verweisen:

2 – **Arbeitsentlastung für die Erben**

Die Nachlassabwicklung ist in der Regel aufwendig: Sicherung des Nachlasses, Wohnungsauflösung, Sichtung aller Unterlagen, Erstellung des Nachlassverzeichnisses, Klärung aller privaten und geschäftlichen Vertragssituationen, Einziehung fälliger Forderungen, Erfüllung von Auflagen und Verbindlichkeiten (auch Vermächtnisse und Pflichtteilsansprüche), notwendige Kündigungen, Konten- und Grundstücksumschreibungen, Unterbringung von Haustieren, Überwachung aller Fristen (inkl. der vom Finanzamt gesetzten), Abgabe der Erbschaftsteuererklärung, u.v.m.

Für Entlastung der Erben durch Einsetzung eines Testamentsvollstreckers kann und sollte der Erblasser insbesondere dann sorgen, wenn sie gebrechlich, zu alt, zu jung, zu unerfahren oder auch soweit entfernt vom Nachlass wohnhaft sind (u.U. sogar im Ausland), dass eine ordnungsgemäße Abwicklung selbst eines einfachen Nachlasses andernfalls nicht gewährleistet wäre. Auch beruflich stark belasteten Erben kann die Testamentsvollstreckung willkommen sein.

3 – **Vereinfachung und Zentralisierung der Abwicklung**

Häufig hinterlässt der Erblasser eine Erbengemeinschaft. Das bedeutet Gesamthandseigentum und gemeinschaftliche Verwaltung, was den Aufwand vervielfältigt, weil die Erben genötigt sind, sich in unzähligen Details abzu-

stimmen. Bei Testamentsvollstreckung laufen die Fäden in der Regel in einer Person zusammen, was auch Dritten die Aufgabe erleichtert, weil sie sich nicht mit jedem einzelnen Mitglied der Erbengemeinschaft verständigen müssen.

– **Friedenstiftung** 4

Fürchtet der Erblasser Streit zwischen seinen Erben (etwa innerhalb einer Geschwisterreihe), ist die Testamentsvollstreckung geeignet, zur Entschärfung des Konfliktpotenzials beizutragen, insbesondere wegen der Verlagerung der Verfügungsbefugnis auf den Testamentsvollstrecker und seiner im Gesetz verankerten Pflicht zur Objektivität und Neutralität.

– **Einbringung von Qualifikation und Kompetenz** 5

Kaum eine Nachlassabwicklung ist einfach, worauf schon die Aufzählung der zu erledigenden Aufgaben im ersten Punkt dieser Liste verweist. Unser Recht ist kompliziert, überall liegen Fallstricke. Die juristischen Laien sind damit in der Regel überfordert. Zudem ist häufig, vor allem wenn zum Nachlass ein Unternehmen gehört, wirtschaftliche Kompetenz gefragt, und zwar auch schon bei der bloßen Abwicklung des Nachlasses. Das einzubringende spezifische Know-how muss sich ganz nach dem Gegenstand richten. Im Einzelfall kann es daher sinnvoll sein, einem juristisch versierten Testamentsvollstrecker einen zweiten Testamentsvollstrecker mit speziellen, für diesen Nachlass erforderlichen Kenntnissen zur Seite zu stellen.

– **Fortgeltung des konkreten Erblasserwillens** 6

Die Testamentsvollstreckung bietet auch eine höhere Gewähr dafür, dass der Erblasser, wenn es ihm wichtig ist, seinen Willen über seinen Tod hinaus zur Geltung zu bringen vermag, sei es im Rahmen der bloßen Abwicklung, sei es bei der nachfolgenden Verwaltung des Nachlasses. Der Erblasser kann hierfür in der letztwilligen Verfügung konkrete Anweisungen erteilen und Richtlinien vorgeben, die, soweit tatsächlich möglich und rechtlich zulässig, für den Testamentsvollstrecker verbindlich sind.

– **Vermögensschutz im Allgemeinen und Schutz vor Zerschlagung wirtschaftlicher Einheiten** 7

Dieser Aspekt knüpft an den vorigen an. Über eine Dauer- oder Verwaltungstestamentsvollstreckung kann der Erblasser, auch ohne dass er irgendwelche verbindlichen inhaltlichen Vorgaben verfügt, den Nachlass oder einen Teil davon der Verwaltung der Erben (befristet) entziehen, zum Schutze des Vermögens und damit zugleich zum Schutze der Erben. Hierauf sollte in der Beratung verstärkt geachtet werden. Sind die Kinder zum Beispiel noch zu jung und unerfahren oder haben sie ihre Ausbildung noch nicht abgeschlossen, verwaltet ein erfahrener Testamentsvollstrecker den Nachlass (oder einen Teilnachlass, wie zum Beispiel ein Unternehmen) bis zum vom Erblasser festgesetzten Zeitpunkt, etwa der Vollendung des 25. Lebensjahres seines jüngsten Kindes. Einen ähnlichen Zweck erfüllt die Testamentsvollstreckung bei

Vor- und Nacherbschaft, wenn es die Nacherben vor den Nachlass verzehrenden Verfügungen durch den Vorerben zu schützen gilt.

8 – **Steuerersparnis**

Der Testamentsvollstrecker ist zur Abgabe der Erbschaftsteuererklärung verpflichtet. Ist er steuerlich versiert und nimmt er die Interessen der Erben gewissenhaft wahr, kann er für eine spürbare Steuerentlastung sorgen, was den Erben die Zahlung des Testamentsvollstreckerhonorars erleichtert. Manchmal ist die durch den Testamentsvollstrecker erreichte Erbschaftsteuerersparnis höher als sein Honorar.

9 – **Errichtung und Überwachung einer Stiftung**

Wegen der Steuervorteile werden Stiftungsgründungen eine zunehmende Rolle spielen. Da die Gründung mit komplizierten Rechtsfragen verbunden ist, empfiehlt es sich, bei Stiftungen von Todes wegen die Gründung, ggf. auch die weitere Überwachung, einem Testamentsvollstrecker zu übertragen (s. auch B XII).

10 – **Vollzug von Auflage und Vermächtnis**

Es kann sein, dass der Erblasser den Nachlass oder einen Nachlassgegenstand einem Erben nur mit einer Auflage, deren Erfüllung ihm sehr wichtig ist, vermacht. Ähnlich kann die Interessenlage bei einem Vermächtnis sein. Hier bietet sich Testamentsvollstreckung an, deren einzige Aufgabe darin besteht, für den Vollzug der Auflage oder des Vermächtnisses zu sorgen. Dieser Weg empfiehlt sich bei der Auflage insbesondere deshalb, weil der Begünstigte kein einklagbares Recht besitzt.

11 – **Minderjährigenschutz**

Will der Erblasser das Vermögen eines Minderjährigen vor dem Zugriff Dritter, auch zum Beispiel seiner gesetzlichen Vertreter, schützen, kann er für das Erbe des Minderjährigen Testamentsvollstreckung anordnen. Der Testamentsvollstrecker bedarf dann zu Rechtsgeschäften in der Regel weder der Zustimmung der gesetzlichen Vertreter noch des Vormundschaftsgerichts[1]. Ist der Minderjährige überschuldet, kann ihm der Erblasser über den Weg des § 2338 BGB den standesgemäßen Unterhalt sichern. § 2338 BGB erwähnt ausdrücklich die Möglichkeit der Verwaltungsvollstreckung. (Näheres B X)

12 – **Schutz Behinderter**

Hat der Sozialhilfeträger Kosten, vor allem teure Heimkosten, übernommen, droht, wenn der Behinderte erbt oder einen Pflichtteil erhält, der sozialhilferechtliche Rückgriff. Baldige Aufzehrung des empfangenen Vermögens ist möglich. Auch hier kann (in gewissen Grenzen) die Anordnung einer Testamentsvollstreckung i.V.m. der Einsetzung des Behinderten als nicht befreitem Vorerben (das Zugewendete sollte geringfügig über dem gesetzlichen Erbteil liegen, weil der Zusatzpflichtteil gemäß § 2305 BGB dem Zugriff des Sozial-

1 BGH v. 30.11.2005 – IV ZR 280/04, ZEV 2006, 262.

hilfeträgers unterliegt) nützlich sein. Die Testamentsvollstreckung hat den Sinn, Handlungsfähigkeit des Nachlasses zu erreichen, zugleich ist damit Eigengläubigern des Behinderten der Zugriff auf sein Erbe versagt[1]. (Näheres B VIII und C IX Rz. 66 ff.)

– **Schutz des Erben vor seinen Eigengläubigern** 13

Zu den angenehmsten Vorzügen der Testamentsvollstreckung zählt schließlich, dass Eigengläubiger des Erben (ab dem Erbfall) keinen Zugriff auf den Nachlass besitzen, §§ 2211, 2214 BGB (Ausnahmen: Pfändung des gesamten Erbteils und die Ansprüche nach §§ 2216 und 2217 Abs. 1 BGB). Insbesondere also wenn der Erblasser einen verschuldeten Erben vor dessen Eigengläubigern schützen möchte, ist Testamentsvollstreckung die geeignete Gestaltung[2].

3. Die Person des Testamentsvollstreckers

Der Erfolg der Testamentsvollstreckung steht und fällt mit der Person des Testamentsvollstreckers. Hier geht es nicht darum, wer überhaupt Testamentsvollstrecker sein darf (vgl. dazu Rz. 26), sondern um dessen **Persönlichkeit**. Bringt der Mandant seinen „lieben Onkel" oder eines seiner Kinder ins Spiel, so sollten solche Vorstellungen, wenn diese Personen wesentliche Voraussetzungen für das schwierige Amt nicht mitbringen, vom Berater tunlichst zerstreut werden. Ein Angehöriger oder ein Miterbe als Testamentsvollstrecker – das birgt von Haus aus Zündstoff, da der Vorwurf der Parteilichkeit nahe liegt. Der Vorzug gebührt also im Zweifel einer externen Person, die den Nachlass mit gebotener persönlicher und sachlicher Distanz abzuwickeln vermag. 14

Da der Tod eines Menschen unvermeidbar immer auch einen Rechtsfall bedeutet, in heutiger komplexer Zeit häufig sogar mit schwierigen Rechtsfragen (es sei noch einmal an den Themenkatalog in Rz. 2 erinnert), ist juristische Kompetenz des Testamentsvollstreckers in der Regel unverzichtbar. Nicht nur, wenn sich ein Unternehmen im Nachlass befindet, muss der Testamentsvollstrecker möglichst auch steuerliche Kenntnisse besitzen und in wirtschaftlichen Kategorien denken können. Untersucht man die in Betracht kommenden Berufsgruppen, so dürften auf das Erb-, Wirtschafts- und Steuerrecht spezialisierte **Rechtsanwälte** und **Notare** für diese Aufgabe am geeignetsten sein, zumal sich bei ihnen auch nicht das Problem der Kollision mit dem Rechtsberatungsgesetz stellt. Ist neben dem vor allem bei diesen beiden Berufsgruppen angesiedelten rechtlichen und wirtschaftlichen Know-how ein spezielles (zum Beispiel technisches oder künstlerisches) Fachwissen gefragt, kann der Erblasser einen geeigneten Mittestamentsvollstrecker bestimmen oder dem Testamentsvollstrecker die Anweisung erteilen, bei der Abwicklung

1 Vgl. dazu *J. Mayer*, ZEV 2003, 173, 178; *Ivo*, Erbrecht effektiv 2004, 42, 44 (zitiert auch in ZEV 2004, 299); *Tersteegen*, ZEV 2008, 121.

2 Zum Schutz des Nachlasses gegen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen bei Testamentsvollstreckung und Vorerbschaft vgl. *Gutbell*, ZEV 2001, 260.

oder Verwaltung des Nachlasses einen entsprechenden Spezialisten hinzuzuziehen.

Der Erblasser muss zudem von der Persönlichkeit des Testamentsvollstreckers überzeugt sein. Dieses Amt erfordert neben der fachlichen Kompetenz Sorgfalt, eine gesunde Autorität, Entscheidungs-, Durchsetzungs- und Überzeugungskraft, die Fähigkeit zum Ausgleich und innere Unabhängigkeit. Der Testamentsvollstrecker muss das persönliche Vertrauen des Erblassers genießen. Die Berufung einer bestimmten Person und auch Ersatzperson sollte der Erblasser in der letztwilligen Verfügung daher selber vornehmen und nicht Dritten, auch nicht dem Nachlassgericht, überlassen. Mit das wichtigste Auswahlkriterium ist, ob der Testamentsvollstrecker eines Tages mit den Erben zu harmonieren vermag und ob er sein Amt mit Geschick und Einfühlungsvermögen führen wird, ohne die Erben permanent spüren zu lassen, er habe die Macht, nicht sie. Der Erblasser sollte einen Testamentsvollstrecker auswählen, von dem er hoffen kann, dass ihm die Erben mit Sympathie begegnen werden.

Fazit: So manche Familie wäre nicht zerstört, manches Vermögen nicht zerschlagen worden, hätte der Erblasser Testamentsvollstreckung verfügt oder auf die sorgfältige Auswahl des Testamentsvollstreckers geachtet. Den Beratern sei die Gestaltungsmodalität der Testamentsvollstreckung ans Herz gelegt. Dringen die hier aufgeführten Vorzüge ins allgemeine Bewusstsein, wird von der Möglichkeit der Testamentsvollstreckung bald in viel größerem Umfang Gebrauch gemacht werden als heute, mit positiven Folgen für den Familienfrieden und das Vermögen.

II. Allgemeine Ratschläge für die Amtsführung

15 Die Testamentsvollstreckung ist eine schwierige Aufgabe. Der Testamentsvollstrecker muss vielerlei im Auge haben. Einzelheiten werden in den nächsten Abschnitten behandelt. Hier sollen jedoch zunächst einige allgemeine, aus der praktischen Erfahrung gewachsene Ratschläge gleichsam vor die Klammer gezogen werden. Befolgt sie der Testamentsvollstrecker, wird seine Aufgabe einfacher und die Haftungsgefahr sinkt[1].

15a – Der Testamentsvollstrecker sitzt nicht auf einem Thron, um den sich die Erben demütig versammeln. Trotz seiner starken Rechte sollte er **Partner der Erben** sein, sie ausreichend informieren, von Anfang an Einvernehmen mit ihnen suchen und ihnen das Gefühl geben, dass er sie entlastet. Er sollte versuchen, Konfrontation mit ihnen zu vermeiden, und danach trachten, dass sie seine Entscheidungen und Maßnahmen mittragen. Die Bedeutung dieses Aspekts kann nicht überschätzt werden. Der am meisten verbreitete Vorbehalt gegenüber der Testamentsvollstreckung liegt nämlich in der Furcht vor „Entmündigung" der Erben. Der Testamentsvollstrecker hat es

1 Eine hilfreiche Checkliste findet sich bei *Gluth*, ErbStB 2007, 23.

zu einem gewissen Teil in der Hand, durch kooperative und einfühlsame Amtsführung diese Befürchtung zu zerstreuen.

– Der Testamentsvollstrecker muss seine Tätigkeit während und am Ende der Testamentsvollstreckung gegenüber den Erben rechtfertigen. Korrektes Handeln versteht sich daher von selbst. Dem Testamentsvollstrecker ist aber dringend zu raten, von Anfang an alle **Belege** zu sammeln und sorgfältigst Buch zu führen über sämtliche Einnahmen und Ausgaben. Nachträgliche Rekonstruktion ist mühsam, oft gar nicht möglich, was eine Haftung auslösen kann. Wer Testamentsvollstreckung professionell betreibt, sollte sich ein für diese Aufgabe geeignetes Computer-Programm beschaffen. 16

– Bei aller gebotenen Gründlichkeit sollte die (bloße) Abwicklungsvollstreckung so **zügig wie möglich** zu Ende geführt werden. Der Erbe hat einen Anspruch darauf, dass die Verfügungsmacht alsbald auf ihn übergeht. Je länger die Testamentsvollstreckung dauert, desto größer wird das Konfliktpotenzial, nicht nur wegen der wachsenden Ungeduld des Erben. Während einer sich hinziehenden Interimsverwaltung wächst die Gefahr des Aufbrechens von Gegensätzen, was die Verwaltungsstrategien betrifft. Beispiel: Der Testamentsvollstrecker will eine Notreparatur des Dachs durchführen, der Erbe sieht keinen Handlungsbedarf. Oder: Der Testamentsvollstrecker nimmt eine Umschichtung im Wertpapierdepot vor, der Erbe hält das für wirtschaftlich unsinnig. 17

  Mit zunehmender Zeitdauer kann eine Testamentsvollstreckung auch immer unübersichtlicher werden, was ebenfalls das Haftungsrisiko berührt. Auch wird Dritte, die dem Testamentsvollstrecker rechtsgeschäftlich begegnen, nicht selten ein Gefühl der Unsicherheit beschleichen, da sich immer die Frage stellt, ob er im Rahmen seiner Kompetenzen handelt. Auch insoweit sorgt eine kurze Vollstreckung für Klarheit und Rechtsfrieden.

– Der Testamentsvollstrecker sollte seiner Verpflichtung gemäß § 2217 Abs. 1 Satz 1 BGB, Nachlassgegenstände, deren er zur Erfüllung seiner Obliegenheiten offenbar nicht mehr bedarf, dem Erben auf Verlangen zur freien Verfügung zu überlassen, zügig nachkommen. Sieht der Testamentsvollstrecker keine Notwendigkeit mehr, einen Nachlassgegenstand in seiner Verwaltung zu belassen, so sollte er ihn auch ohne Aufforderung des Erben in dessen Verfügungsmacht überstellen. Damit entfällt zugleich die Haftung des Testamentsvollstreckers für diesen Gegenstand, und der Erbe sieht sich seinem Ziel, der vollen Verfügungsmacht, wieder einen Schritt näher. Bei der vorzeitigen Freigabe (empfangsbedürftige Erklärung gegenüber dem Erben) eines Grundstücks unterbleibt, wenn noch nicht geschehen, die Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks. Allerdings sei schon hier ein zentraler Punkt der Testamentsvollstreckung erwähnt: Der Testamentsvollstrecker haftet für die Erbschaftsteuer, was ihn zwingen kann, Werte zurückzubehalten. (Näheres s. Rz. 135 ff.) 18

19 – Die Vereinbarung eines **Stundenhonorars** oder einer **Monatsvergütung** für den Abwicklungstestamentsvollstrecker kann im Einzelfall das Amt unnötig verlängern. Daher ist davon abzuraten. Die einschlägigen Gebührentabellen stellen vernünftigerweise auf den Wert des Aktivnachlasses ab. Damit ist vor allem ein sachgerechter Bezug zum Haftungsrisiko hergestellt. Außerdem wird der Testamentsvollstrecker belohnt, der sein Amt unkompliziert, unbürokratisch und geradlinig zu Ende führt, letztlich auch zum Nutzen des Erben, der zeitnah die Verfügungsmacht gewinnt.

20 – Der Testamentsvollstrecker muss sich um seine **Haftpflichtversicherung** kümmern. Eine schriftliche Deckungszusage der Versicherungsgesellschaft beruhigt. Zwar ist das Risiko der Tätigkeit als Testamentsvollstrecker bei Rechtsanwälten, Notaren, Anwaltsnotaren, Rechtsbeiständen, Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern in der Berufshaftpflichtversicherung eingeschlossen, aber es existieren sachliche und persönliche Ausschlüsse, die unbedingt der Abklärung bedürfen. Zwei Gefahrenpunkte sind zum Beispiel das **Haftungsvolumen**, welches oft unterschätzt wird (man denke nur an nachhaltig, manchmal jahrelang wirkende falsche einkommensteuerrechtliche Weichenstellungen, welche die Versicherungssumme sprengen können) oder eine Fehlberatung zum ausländischen Recht, wo der Versicherungsschutz oft ausgeschlossen oder eingeschränkt ist. (Näheres s.u. Rz. 176 ff.)

III. Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers und Abgrenzung zu anderen Rechtsfiguren (insbesondere Vollmacht)

1. Rechtsstatus

21 Alle Versuche, den Testamentsvollstrecker unter andere Begriffe zu subsumieren, müssen scheitern[1]. Er ist weder Mandatsträger, Organ, Beauftragter oder Treuhänder[2] noch Vertreter der Erben oder der Gläubiger. Testamentsvollstrecker ist ein unverwechselbares **privates Amt sui generis**, dessen Rechte und Pflichten durch die §§ 2197 ff. BGB und die letztwillige Verfügung des Erblassers definiert werden. Der Testamentsvollstrecker unterliegt nicht der Überwachung und Aufsicht durch das Nachlassgericht. Der Testamentsvollstrecker, der bei Rechtsgeschäften aus Haftungsgründen auf seine Funktion hinweisen sollte, handelt im eigenen Namen mit Wirkung für und gegen den Nachlass, welcher ein vom übrigen Vermögen des Erben unabhängiges Sondervermögen bildet. Über dieses Vermögen darf allein der Testamentsvollstrecker verfügen, § 2211 Abs. 1 BGB, Ausnahme: Verfügung über den gesamten Erbteil, § 2033 BGB. Gleiches gilt für das Verpflichtungsrecht, welches (höchstpersönliche Rechte des Erben ausgenommen) ausschließlich beim Testamentsvollstrecker liegt. Genehmigt er daher ein solches Geschäft des Erben

1 Zum Theorienstreit s. *Bengel/Reimann*, I Rz. 11; *Winkler*, Rz. 1, Fn. 3; *Lange/Kuchinke*, § 31 III 1.

2 Von den Hilfskonstruktionen bei Testamentsvollstreckung über einzelkaufmännische Unternehmen und Personengesellschaftsanteilen abgesehen.

nicht, haftet dieser persönlich, es entsteht keine Nachlassverbindlichkeit[1]. An der für eine Betriebsaufspaltung erforderlichen persönlichen Verflechtung ändert sich nichts dadurch, dass die Anteile an der Betriebs-KG nach Erbfall der Testamentsvollstreckung unterliegen[2].

2. Testamentsvollstreckung und trans- sowie postmortale Vollmacht

➲ **Beratungssituation:** Erblasser E hat im Testament seine Ehefrau F zur Testamentsvollstreckerin eingesetzt. Daneben besteht eine Vollmacht des E zugunsten des gemeinsamen Sohnes S für den Fall des Todes des E. E stirbt. Er wird von F und S beerbt. Sie streiten nun um ihre Kompetenzen.

Der Konflikt zwischen Testamentsvollstreckung einerseits und trans- sowie postmortaler Vollmacht andererseits ist von erheblicher praktischer Relevanz. Unabhängig von manchem Streitpunkt in Rechtsprechung und Literatur[3] gilt im Kern Folgendes: Vollmacht über den Tod hinaus oder auf den Tod ist möglich. Sie und die Testamentsvollstreckung können nebeneinander bestehen. Der Alleinerbe kann ebenso wie der Testamentsvollstrecker, soweit sich aus dem Testament nichts Abweichendes ergibt, die Vollmacht widerrufen[4], jeder Miterbe kann es für seine Person (ohne Wirkung auf das Vertretungsrecht für die übrigen Erben). Hat der Erblasser/Vollmachtgeber eine unwiderrufliche Vollmacht erteilt, ist Widerruf nur aus wichtigem Grund möglich. Eine unwiderrufliche **Generalvollmacht** allerdings ist wegen Knebelung der Erben und Aushebelung der Testamentsvollstreckung sittenwidrig. Sie kann jedoch u.U. in eine widerrufliche umgedeutet werden[5]. 22

Wird die über den Tod hinausreichende Vollmacht nicht widerrufen oder lässt sie sich wegen Unwiderruflichkeit nicht beseitigen, kommt es auf das Verhältnis zwischen Testamentsvollstrecker und Bevollmächtigtem an. Nach der h.M.[6] bestehen Testamentsvollstreckung und Vollmacht unabhängig voneinander, ohne Rücksicht auf die Reihenfolge von Anordnung der Testamentsvollstreckung und Vollmachtserteilung. Dann kann dem Testamentsvollstrecker eine Person gegenüberstehen, die mehr Rechte besitzt als er selber (s. zum Beispiel § 2205 Satz 2 BGB). Hier droht Konfliktpotenzial. Nach anderer Auffassung[7] kann der Bevollmächtigte nur dann und nur insoweit über verwaltungsunterworfenen Nachlass verfügen, als die Vollmacht den klaren Willen des Vollmachtgebers ausweist, dass die Rechte des Testaments-

1 MüKo/*Zimmermann*, § 2211 BGB Rz. 8.
2 BFH v. 5.6.2008 – IV R 76/05, dargestellt in ErbBStg 2008, 290.
3 Vgl. dazu *Bengel/Reimann*, I Rz. 35 ff.
4 *Bengel/Reimann*, I Rz. 55 u. 57.
5 Palandt/*Edenhofer*, Rz. 14 vor § 2197 BGB.
6 RG v. 28.6.1916 – V B 1/16, RGZ 88, 345; BGH v. 18.6.1962 – II ZR 99/61, WM 1962, 840; OLG Hamburg v. 27.5.1966 – Z W 14/66, DNotZ 1967, 31; *Zimmermann*, Die Testamentsvollstreckung, Rz. 14, verweist darauf, dass die Vollmacht die Zeit zwischen Erteilung des Erbscheins oder des Testamentsvollstreckerzeugnisses abzusichern hilft.
7 MüKo/*Zimmermann*, § 2211 BGB Rz. 13.

vollstreckers beschränkt werden sollen. Das wird in der Regel nicht der Fall sein, so dass die Vollmacht ins Leere liefe. Nach dritter Meinung[1] kann der Bevollmächtigte, der Bevollmächtigter der Erben ist, nicht mehr Rechte besitzen als diese selbst. Deshalb sei der Bevollmächtigte im Rahmen des Kompetenzbereichs des Testamentsvollstreckers handlungsunfähig.

Hinweise für die Praxis:

23 Zwei Situationen sind zu unterscheiden: Ist der Erbfall bereits eingetreten und treten Testamentsvollstreckung und Vollmacht in Wettbewerb, sind die Erklärungen auszulegen. Vor dem Erbfall bedarf es vernünftiger, streitvermeidender Gestaltung.

Zur Auslegung:

24 Am treffendsten scheint hier eine Auslegung, die Klarheit schafft und Konflikte vermeidet. Wer einen Testamentsvollstrecker einsetzt, verleiht hohe Kompetenz und leistet einen Vertrauensvorschuss. Zudem wird eine Vollmacht schnell einmal unüberlegt gezeichnet, der Bedeutung eines Testaments dagegen ist man sich im Normalfall bewusst. Dass der Testamentsvollstrecker weitgehende Rechte besitzt, dürfte der Testator wissen. Kein Erblasser möchte Konflikte provozieren. Die Testamentsvollstreckung verdrängt daher vernünftigerweise eine Vollmacht, unabhängig von der Reihenfolge von Verfügung der Testamentsvollstreckung und Bevollmächtigung. Versuche, den Willen des Erblassers zuverlässig zu eruieren, sind nach aller Erfahrung in der Regel zum Scheitern verurteilt. Der Konflikt bedarf daher genereller Entscheidung, andernfalls würde dieses Thema in der Praxis immer ein Streitpunkt bleiben. Daher: Sollen Testamentsvollstreckung und Vollmacht nebeneinander bestehen oder soll die Vollmacht sogar Vorrang genießen, muss der Erblasser dies ausdrücklich formulieren.

Zur Gestaltung:

25 Vorsorglich sollte der Testamentsvollstrecker Vollmachten, soweit zulässig, **widerrufen**, es sei denn, er selbst ist zugleich Bevollmächtigter. Ist er dies, unterliegt er nicht den Verfügungsbeschränkungen eines Testamentsvollstreckers[2]. In der Gestaltungsberatung **vor dem Erbfall** sollte mit dem Mandanten Folgendes geklärt werden:

- Ist Testamentsvollstreckung gewünscht?
- Liegt bereits eine Vollmacht vor? Erlischt die Vollmacht mit dem Tod des Vollmachtgebers oder handelt es sich um eine post- oder transmortale Vollmacht?
- Soll die Vollmacht tatsächlich über den Tod hinausreichen? Falls ja, ist sie im Testament zu erwähnen, außerdem sind die Kompetenzen zwischen Testamentsvollstrecker und Bevollmächtigtem abzugrenzen. Falls nein,

1 Staudinger/*Reimann*, § 2211 BGB Rz. 12.
2 Palandt/*Edenhofer*, Rz. 12 vor § 2197 BGB.

sollten im Testament alle über den Tod hinausreichenden Vollmachten widerrufen werden.

IV. Wer kann Testamentsvollstrecker sein?

1. Keine Amtsfähigkeit

➲ **Beratungssituation:** Ein Notar beurkundet die Testamente von Vater und Sohn. In einem wird der Notar selber, im anderen dessen Sozius zum Testamentsvollstrecker eingesetzt. Zulässig?

Das Gesetz (§ 2201 BGB) formuliert die **Amtsfähigkeit** negativ. Testamentsvollstrecker können danach **nicht** sein: 26

– Geschäftsunfähige,

– Minderjährige,

– Personen, die zur Besorgung ihrer Vermögensangelegenheiten einen Betreuer erhalten haben.

Maßgeblicher **Zeitpunkt**: Annahme des Amts[1]. **Rechtsfolge:** Unwirksamkeit der Anordnung. Aufhebung und Entlassung sind nicht nötig. Wird der Testamentsvollstrecker nach Annahme im Rechtssinne unfähig, tritt automatisch Unwirksamkeit der Ernennung ein, ohne dass dies rückwirkende Kraft hätte[2].

Keine Amtsfähigkeit besitzen darüber hinaus:

– Behörden,

– das Nachlassgericht, auch nicht der zuständige Nachlassrichter,

– der Alleinerbe und alleinige Vorerbe[3], es sei denn, sie sind Mittestamentsvollstrecker oder die Testamentsvollstreckung beschränkt sich auf die Ausführung der einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerungen, § 2223 BGB,[4] oder die Testamentsvollstreckung ist auf die sofortige Erfüllung eines Vermächtnisses beschränkt und das Nachlassgericht kann bei groben Pflichtverstößen einen anderen Testamentsvollstrecker bestimmen[5],

– der Vorerbe, der als Testamentsvollstrecker die Interessen des Nacherben wahrnehmen soll[6],

---

1 So auch MüKo/*Zimmermann*, § 2201 BGB Rz. 3; a.A. *Kipp/Coing*, § 67 I 8 Fn. 17; Staudinger/*Reimann*, § 2201 BGB Rz. 4; Palandt/*Edenhofer*, § 2201 BGB Rz. 1.

2 Soergel/*Damrau*, § 2201 BGB Rz. 1.

3 A.A. *Adams*, ZEV 1998, 321 ff.; BayObLG v. 8.9.2004 – 1 Z BR 059/04, OLGReport 2005, 8; die Unwirksamkeit der Benennung des alleinigen (nicht befreiten) Vorerben als (alleinigem) Testamentsvollstrecker schließt eine Ermächtigung seinerseits, einen Mittestamentsvollstrecker zu benennen, aus, OLG Zweibrücken v. 30.6.1999 – 3 W 124/99, ZEV 2001, 27.

4 *Winkler*, Rz. 163.

5 BGH v. 26.1.2005 – IV ZR 296/03, ZErb 2005, 101.

6 *Winkler*, Rz. 90; RG v. 26.10.1911 – IV 34/11, RGZ 77, 177.

- der Vorstand oder Aufsichtsrat einer Gesellschaft, deren Aktien der Vollstreckung unterliegen[1],
- der gesetzliche Vertreter des Erben[2],
- der Notar oder sein naher Angehöriger, wenn der Notar die letztwillige Verfügung mit der Testamentsvollstreckeranordnung selber beurkundet hat, §§ 27, 7 BeurkG; aber: In einer privatschriftlichen oder von einem anderen Notar beurkundeten letztwilligen Verfügung darf der Notar zum Testamentsvollstrecker eingesetzt werden[3], auch wenn es sich um Sozien handelt[4],
- die BGB-Gesellschaft[5],
- der nicht rechtsfähige Verein[6],
- nach Auffassung von *Everts* die in § 14 HeimG genannten Personen, jedenfalls wenn die Testamentsvollstreckung vergütet wird[7] (sehr zweifelhaft, weil der Testamentsvollstrecker eine Gegenleistung erbringt).

2. Eignung zum Testamentsvollstrecker

27 Im Umkehrschluss aus der in § 2201 BGB negativ formulierten Amtsunfähigkeit ist festzustellen, dass Testamentsvollstrecker sein können:

- alle übrigen in- und ausländischen natürlichen Personen,
- Rechtsanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater,
- in- und ausländische juristische Personen, also auch Gemeinden, Treuhandgesellschaften, Vereine und Kreditinstitute[8],
- Kapitalgesellschaften[9],
- oHG und Kommanditgesellschaft[10],

---

1 So jedenfalls *Frank*, NZG 2002, 898, zitiert auch in ZEV 2003, 24 (der Ämterkumulation stünden die §§ 136 AktG, 181 BGB entgegen, zudem habe der Testamentsvollstrecker als Vorstand einen Wissensvorsprung, speziell über Insidertatsachen).
2 OLG Nürnberg v. 29.6.2001 – 11 UF 1441/01, MDR 2001, 1117; ZEV 2002, 158.
3 *Huhn/v. Schuckmann*, § 27 BeurkG Rz. 7.
4 *Reimann*, DNotZ 1994, 659; s. aber § 3 Abs. 1 Nr. 4 BeurkG, wonach der Notar in Angelegenheiten seines Sozius oder einer in gemeinsamen Geschäftsräumen verbundenen Person nicht beurkunden soll. Ein Verstoß macht die Anordnung jedoch nicht unwirksam, vgl. *Winkler*, MittBayNot 1999, 1 (3).
5 *Bengel/Reimann*, II Rz. 180. Bei überschaubarem Personenkreis sei jedoch Umdeutung dahin gehend möglich, dass die Gesellschafter zu Testamentsvollstreckern ernannt werden.
6 *Bengel/Reimann*, II Rz. 180. Aber auch hier Umdeutungsmöglichkeit gem. voriger Fn.; sind es zu viele Mitglieder, könnten die Vorstandsmitglieder ernannt werden, *Zimmermann*, Die Testamentsvollstreckung, Rz. 100.
7 ZEV 2006, 544.
8 BGH v. 11.11.2004 – I ZR 213/01, NJW 2005, 969.
9 S. dazu *Kirnberger*, ErbStB 2008, 212.
10 *Bengel/Reimann*, I Rz. 180.

- die Eltern als gesetzliche Vertreter eines erbenden minderjährigen Kindes (i.d.R. bedarf es dann auch keiner Ergänzungspflegschaft[1]),
- einzelne Mitglieder einer Behörde, zum Beispiel deren Vorstand,
- der Mit(vor)erbe oder alle Mit(vor)erben[2],
- im Falle der Kollegialvollstreckung der Mitvorerbe, der zugleich Nacherbenvollstrecker ist[3],
- der Nach(mit)erbe für den Vorerben,
- der Ehegatte (der bei gleichzeitiger Vertretung minderjähriger Kinder von den gesetzlichen Beschränkungen befreit und auch insoweit entlastet ist, als das Vormundschaftsgericht keine Mitwirkungsbefugnis besitzt)[4],
- der/die Geliebte des Erblassers, es sei denn, besondere Umstände führen zur Sittenwidrigkeit[5],
- der Vormund des Alleinerben[6],
- Post- und Transmortalbevollmächtigte, auch Generalbevollmächtigte,
- Schiedsrichter und Schiedsgutachter, solange sie als Testamentsvollstrecker nicht Partei sind,
- ein Mitglied des Aufsichtsrats oder des Vorstands einer AG, das zugleich Anteile derselben Gesellschaft als Testamentsvollstrecker verwaltet[7],
- Vermächtnisnehmer,
- Auflagebegünstigte,
- Nießbrauchsberechtigte,
- Pflichtteilsberechtigte.

Mit Ausnahme der Rechtsanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und Banken dürfen jedoch alle Genannten die Testamentsvollstreckung nicht geschäftsmäßig betreiben. Eine gefährliche Liberalisierung enthält § 5 Abs. 2 RDG, wonach im Zusammenhang mit einer Testamentsvollstreckung stehende Rechtsdienstleistungen erlaubte Nebenleistungen sind[8].

---

1 OLG Zweibrücken v. 21.12.2006 – 5 UF 190/06, ZErb 2007, 188.
2 *Brox*, Rz. 375, verweist auf den Vorteil der Bestellung aller Miterben zum Testamentsvollstrecker. Im Streitfall trete an die Stelle des Mehrheitsbeschlusses die Entscheidung des Nachlassgerichts gem. § 2224 Abs. 1 Satz 1 BGB.
3 BayObLG v. 10.4.1959 – BReg. 1 Z 178/58, NJW 1959, 1920.
4 Wegen § 1796 BGB kann im Einzelfall Ergänzungspflegschaft nötig sein, vgl. dazu Staudinger/*Reimann*, § 2197 BGB Rz. 56.
5 Vgl. dazu Palandt/*Edenhofer*, § 1937 BGB Rz. 15.
6 *Bengel/Reimann*, I Rz. 189; *Winkler*, Rz. 91, fordert für den Betreuten oder unter Vormundschaft stehenden Miterben Ergänzungspflegschaft.
7 *Grunsky*, ZEV 2008, 1; a.A. *Frank*, NZG 2002, 898.
8 Vgl. dazu *Grunewald*, ZEV 2008, 258.

3. Steuerberater und Banken als Testamentsvollstrecker

➲ **Beratungssituation:** Der Mandant hat sich entschlossen, Testamentsvollstreckung anzuordnen. Da die X-Bank AG seit Jahren seine Wertpapiere verwaltet, erwägt er, sie zur Testamentsvollstreckerin zu bestimmen. Er fragt, ob dies möglich sei.

28 Es war lange umstritten, ob Banken geschäftsmäßige Testamentsvollstreckung betreiben dürfen. Die wohl herrschende Meinung bejahte dies[1], die Gegenmeinung ging von einem Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz aus[2]. Bei Steuerberatern war diese Frage ebenfalls umstritten[3]. Sowohl für Banken als auch für Steuerberater hat der BGH nunmehr die geschäftsmäßige Testamentsvollstreckung für zulässig erachtet[4]. Der BGH stellt darauf ab, dass das Amt des Testamentsvollstreckers nach dem BGB keine besondere Qualifikation vorsehe. Würde es rechtlich schwierig, müsse er Rechtsrat einholen.

V. Arten der Testamentsvollstreckung

1. Ist Testamentsvollstreckung gewollt?

29 Geht es um die **Gestaltung** der letztwilligen Verfügung, ist dringend zu raten, die Begriffe „Testamentsvollstrecker" und „Testamentsvollstreckung" zu verwenden, wenn Letztere gewünscht ist.

Formulierungsvorschlag

Ich verfüge Testamentsvollstreckung. Zum Testamentsvollstrecker bestimme ich Herrn Rechtsanwalt Franz Schubert, Kiel, Holstenstraße 13.

Ist der Erbfall bereits eingetreten, muss der letzte Wille häufig per Auslegung ermittelt werden, weil es der eindeutigen Termini ermangelt. Das bedeutet nicht Suche nach einem von der Erklärung losgelösten Willen, sondern die Frage lautet: Was wollte der Erblasser mit seinen Worten sagen[5]? Wollte er letztlich die Wirkungen der Testamentsvollstreckung, so kann es unschädlich

1 *Bork*, WM 1995, 225 ff.; *Schaub*, FamRZ 1995, 845; *Lang*, NJW 1991, 2332; vorsichtiger und auf den Einzelfall abstellend *Kerscher/Tanck/Krug*, Das erbrechtliche Mandat, § 3 Rz. 937 ff., 949; *Bengel/Reimann/Schaub*, XI Rz. 82 ff.; *Zimmermann*, Die Testamentsvollstreckung, Rz. 101; *Stracke*, ZEV 2001, 250.
2 OLG Karlsruhe v. 29.5.1993 – 4 U 303/92, ZEV 1994, 300.
3 Eine unzulässige Rechtsberatung nahm das OLG Düsseldorf v. 30.5.2000 – 20 U 41/00, NJW 2002, 3183, an. Für die Zulässigkeit trat ein *Schuhmann*, UVR 2002, 371.
4 BGH v. 11.11.2004 – I ZR 182/02 NJW 2005, 968 und I ZR 213/01, NJW 2005, 969.
5 Erman/*Schmidt*, § 2197 BGB Rz. 1.

sein, wenn er zum Beispiel Begriffe wie „Nachlassverwalter“ oder „Pfleger“ verwendet hat.

Weitere **Beispiele**:

➲ **1. Beratungssituation:** Der Erblasser E hat seiner Ehefrau für den Falls seines Todes unbeschränkte Generalvollmacht erteilt.

Oder:

➲ **2. Beratungssituation:** Im Testament des Erblassers heißt es: „Nach meinem Tod soll meine Ehefrau B den Nachlass nach billigem Ermessen verteilen.“

Oder:

➲ **3. Beratungssituation:** Erblasser M hat in seinem Testament nur wie folgt formuliert: „Im Falle meines Todes besitzt meine Ehefrau P das unbeschränkte Verwaltungs- und Verfügungsrecht an meinem gesamten Nachlass.“

Nur in der ersten Beratungssituation ist das Ergebnis eindeutig, denn eine von den Erben jederzeit widerrufliche Generalvollmacht ist keine Testamentsvollstreckung, die auch gegenüber dem entgegengesetzten Willen der Erben Bestand hätte[1]. Ebenso wenig handelt es sich um Testamentsvollstreckung, wenn jemand vom Erben „nur zurate gezogen“ werden soll. In der zweiten Beratungssituation dürfte Testamentsvollstreckung gewollt sein. Die Dritte lässt sehr konträre Deutungen zu. In der Rechtsprechung wird z.T. darauf abgestellt, ob die Verwaltungs- oder Verfügungsbefugnis dem eigenen Nutzen des Betreffenden dienen soll, dann Vorerbschaft, oder dem Interesse der Erben, dann Testamentsvollstreckung[2].

Ein in der Praxis häufiger Fall ist dieser:

➲ **Beratungssituation:** Das Testament lautet: „Erben sind meine Söhne H und K zu gleichen Teilen. Bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres des jüngeren wird das Vermögen von meiner Ehefrau F verwaltet.“ 30

Oder auch dieser:

➲ **Beratungssituation:** Das Testament lautet: „Alleinerbin ist meine Schwester S. Sie kann aber nicht frei verfügen. Die Bankguthaben sind über Rechtsanwalt Dr. Richard Wagner, München, Mozartstraße 4, sicher anzulegen. Die jeweiligen Erträge werden monatlich an S ausgezahlt.“

In beiden Fällen handelt es sich weder um Vollmachten (welche die Rechte des Erben nicht schmälern und bei Widerruf jegliche Wirkung verlieren würden) noch um Auflagen gem. § 1940 BGB, da vom Erben mehr verlangt wird

1 *Winkler*, Rz. 59.
2 BayObLG v. 10.5.1922 – Reg. III Nr. 42/1922, BayObLGZ 1922, 75.

als die Erhaltung des angelegten Kapitals[1], sondern jeweils um Testamentsvollstreckung[2].

Wenn der im Testament benannte Testamentsvollstrecker sein Amt nicht annimmt oder nicht annehmen kann, stellt sich nicht selten die Frage, ob die Testamentsvollstreckung nicht mit dieser Person steht und fällt[3]. Zur Vermeidung von Unklarheiten sollte daher immer auch ein Ersatztestamentsvollstrecker benannt oder eben verfügt werden, dass die Testamentsvollstreckung mit dieser Person steht und fällt.

Die Anordnung einer Testamentsvollstreckung kann vom Erben **angefochten** werden, wenn ihre Voraussetzungen nach Testamentserrichtung weggefallen sind (Irrtumsanfechtung gem. § 2078 BGB). Das wurde bejaht in einem Fall, in dem der Erblasser davon ausging, dass ein Erbe einen zweifelhaften Umgang pflegte (Drogenmilieu), was sich dann jedoch später als falsch herausstellte[4].

2. Überblick über die Testamentsvollstreckungsarten

➲ **Beratungssituation:** Nachdem der Berater die grundsätzlichen Vorzüge der Testamentsvollstreckung geschildert hat, möchte der Mandant wissen, welche gesetzlichen Rechte und Pflichten ein Testamentsvollstrecker besitzt und in welchem Umfang man sie per letztwilliger Verfügung ändern kann.

31 Es zählt zu den wichtigen Pflichten des Beraters, den Mandanten über das Instrument der Testamentsvollstreckung sorgfältig aufzuklären. Hierauf wird in der Beratungspraxis leider noch nicht genug geachtet, obwohl die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers und die kluge Ausgestaltung seiner Rechte und Pflichten in vielen Fällen segensreich wirken würden. Der Erblasser hat es per letztwilliger Verfügung in der Hand, wie weit die Macht des Testamentsvollstreckers reichen soll, wobei ein breites Spektrum an Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung steht. Es gehört Fingerspitzengefühl dazu, diejenige auszuwählen, die nicht nur den Erblasserzielen am besten Geltung verschafft, sondern sich auch als praktisch und sinnvoll erweisen wird. Zudem ist die richtige Balance zwischen verbindlicher Vorgabe für den Testamentsvollstrecker und der nötigen Freiheit, die sein Amt erfordert, zu finden.

32 Folgende Hauptformen der Testamentsvollstreckung stehen zur Verfügung:

- Abwicklungstestamentsvollstreckung, § 2204 BGB,
- Dauertestamentsvollstreckung, § 2209 Satz 1 2. Halbs. BGB,
- Verwaltungstestamentsvollstreckung, § 2209 Satz 1 1. Halbs. BGB,

1 *Winkler*, Rz. 58.
2 BayObLG v. 28.9.1995 – 1 Z BR 98/95, ZEV 1996, 33.
3 Vgl. dazu BayObLG v. 1.10.2002 – 1 Z BR 83/02, NJW-RR 2003, 224 (hier meinte das Gericht, dass auf jeden Fall Testamentsvollstreckung gewollt war, und wies das Nachlassgericht an, einen anderen Testamentsvollstrecker zu bestimmen).
4 BayObLG v. 12.11.2001 – 1 Z BR 134/00, ZEV 2002, 190.

- Vor- und Nacherbentestamentsvollstreckung, § 2222 BGB (Wahrung der Rechte des Nacherben),
- Vermächtnistestamentsvollstreckung, § 2223 BGB,
- Testamentsvollstreckung mit erweitertem Aufgabenkreis, u.a. § 2207 BGB,
- Testamentsvollstreckung mit beschränktem Aufgabenkreis, § 2208 BGB,
- Testamentsvollstreckung bei verschwenderischem Pflichtteilsberechtigten, § 2338 BGB.

3. Die Abwicklungstestamentsvollstreckung

33 Verfügt der Erblasser nur „Testamentsvollstreckung", handelt es sich um den Regeltypus der **Abwicklungsvollstreckung**. Kurz gefasst bedeutet sie Folgendes: Der Testamentsvollstrecker vollstreckt den in der letztwilligen Verfügung niedergelegten Willen des Erblassers und wickelt den Nachlass ab. Er allein kann den Nachlass (bis zur Beendigung der Testamentsvollstreckung und mit Ausnahme der von ihm bereits freigegebenen Gegenstände) **verwalten** (§ 2205 BGB), und nur er allein kann ihn **verpflichten** (§ 2206 BGB) und über Nachlassgegenstände **verfügen** (§ 2205 BGB). Die Erben sind vom Verfügungsrecht ausdrücklich ausgeschlossen (§ 2211 BGB). Sie besitzen gegenüber dem Testamentsvollstrecker auch keinerlei Weisungsrecht[1], er muss ihnen jedoch auf Verlangen Auskunft erteilen. Sein Verfügungsrecht ist im Rahmen ordnungsgemäßer Verwaltung, abgesehen vom Schenkungsverbot des § 2205 BGB, unbeschränkt und umfasst den gesamten Nachlass.

Die **Hauptpflichten** des Testamentsvollstreckers sind die interimsweise Verwaltung des Nachlasses, Erstellung des Nachlassverzeichnisses, Erfüllung von Nachlass- und Erbfallschulden sowie Vermächtnissen, Pflichtteilsansprüchen und Auflagen, bei mehreren Erben die Erstellung des Auseinandersetzungsplans und die Durchführung der Auseinandersetzung (§ 2204 BGB), Abgabe der Erbschaftsteuererklärungen für alle Erben. Einzelheiten s. Rz. 89 ff.

4. Dauer- und Verwaltungstestamentsvollstreckung

34 Das Wesen der **Dauervollstreckung** besteht darin, dass der Testamentsvollstrecker nach Erledigung der ihm sonst zugewiesenen Aufgaben den Nachlass weiterverwaltet, auch hier unter Ausschluss des Verwaltungsrechts der Erben, §§ 2209, 2211 BGB. **Verwaltungsvollstrecker im engeren Sinn** ist, wer den Nachlass nur verwalten soll, ohne für die sonstigen Abwicklungsaufgaben eines Testamentsvollstreckers zuständig zu sein.

a) Anordnung

35 Die Anordnung von Dauer- oder Verwaltungsvollstreckung muss wie jede Testamentsvollstreckung in der letztwilligen Verfügung erfolgen, auch die

1 BGH v. 22.1.1964 – V ZR 37/62, BGHZ 41, 23 (25).

Entscheidung über deren Zeitdauer (Grenze: § 2210 BGB)[1]. Der Erblasser kann die Durchbrechung der 30-Jahre-Grenze aber nur auf eines der in § 2210 Satz 2 BGB genannten Ereignisse beziehen[2].

➲ **Beratungssituation:** Der Erblasser hat seine Ehefrau testamentarisch zur Alleinerbin eingesetzt und zugleich Rechtsanwalt Robert Schumann zum Testamentsvollstrecker bestimmt. S will wissen, ob damit Dauertestamentsvollstreckung angeordnet wurde.

Ggf. muss per Auslegung ermittelt werden, ob Dauervollstreckung vorliegt. Wegen der weit reichenden Konsequenzen für die Erben ist im Zweifel von (bloßer) Abwicklungsvollstreckung auszugehen[3]. In obigem Fall hat der BGH sehr kühn Dauervollstreckung bejaht, weil bei einer Alleinerbin Abwicklungsvollstreckung sonst keinen Sinn hätte[4]. Wenn jemand seiner Witwe weitestgehende Unabhängigkeit in der Verwaltung des Nachlasses einräumt, wird darin die Anordnung von Dauertestamentsvollstreckung gesehen[5]. Hat der Erblasser jedoch bestimmt, dass der Testamentsvollstrecker den Nachlass verwalten soll, bis alle sonstigen Aufgaben erledigt sind, ist nur Abwicklungsvollstreckung gewollt[6]. Bei Anordnung einer Testamentsvollstreckung bis zum Tod des Testamentsvollstreckers gilt die sog. Amtstheorie, d.h. die Testamentsvollstreckung findet ihr Ende mit dem Tod des letzten Testamentsvollstreckers, der bei Ablauf der 30-Jahresfrist des § 2210 Satz 1 BGB im Amt war[7]. Die Anordnung von Dauer- oder Verwaltungsvollstreckung bedarf folglich klarer Formulierung, auch wegen der oft schwierigen Abgrenzung zur Vor- und Nacherbschaft.

Formulierungsvorschlag

Ich verfüge Dauertestamentsvollstreckung. Sie endet jeweils mit Vollendung des 24. Lebensjahres meiner Abkömmlinge. Zum Testamentsvollstrecker bestimme ich Herrn Rechtsanwalt Max Reger, Holbeinstraße 4, München.

b) Wirksamkeit der Anordnung

36 Die Möglichkeiten des Erben, sich gegen eine Verwaltungsvollstreckung im weiteren Sinn zu wehren, sind begrenzt, da in der Regel an der Wirksamkeit ihrer Anordnung nicht gezweifelt werden kann. So bleibt ihm bei Vorliegen

1 Dazu *Zimmer*, NJW 2008, 1125; *Reimann*, NJW 2007, 3036.
2 LG Berlin v. 15.2.2006 – 28 O 487/04, ZEV 2006, 506.
3 Staudinger/*Reimann*, § 2209 BGB Rz. 10.
4 BGH v. 10.1.1983 – VIII ZR 231/81, NJW 1983, 2247.
5 OLG Stuttgart v. 11.12.1912, Recht 1913 Nr. 1317; Staudinger/*Reimann*, § 2209 BGB Rz. 10.
6 Staudinger/*Reimann*, § 2209 BGB Rz. 10.
7 KG v. 14.7.2008 – 12 U 221/04, ZErb 2009, 62.

entsprechender Gründe nur die Anfechtung gemäß § 2078 BGB oder die Ausschlagung gemäß § 2306 BGB mit der Folge des Pflichtteilsanspruchs (s. Rz. 83). Im Ausnahmefall jedoch kann die Verwaltungsvollstreckungsanordnung sittenwidrig sein, so zum Beispiel wenn sie die freie Entfaltung der Persönlichkeit des Bedachten über Gebühr einschränkt, etwa dadurch, dass die Vollstreckung andauern soll, solange der Bedachte nicht zu einem anderen Glauben übergewechselt ist[1].

Das OLG Düsseldorf[2] verneinte die Sittenwidrigkeit, wenn neben dem die freie Entfaltung der Persönlichkeit einschränkenden Motiv (im dortigen Fall gehörte die Bedachte einer Sekte an, was der Erblasserin sehr missfiel) mindestens ein weiteres, gleichrangiges Motiv für die Dauervollstreckung vorliegt, wie zum Beispiel der Fortbestand einer Firma. Mit der Bejahung der Sittenwidrigkeit sollte in der Tat größte Zurückhaltung geübt werden, denn zum einen darf die Privatautonomie nicht unterlaufen werden, zum anderen bleibt dem mit Verwaltungsvollstreckung belasteten Erben bei Ausschlagung ggf. immer der Pflichtteil. Mehr garantiert ihm das Recht nicht.

c) Liste der Zwecke einer Verwaltungsvollstreckung

➲ **Beratungssituation:** Der Mandant erklärt, er höre immer wieder von dem bevormundenden Charakter einer Dauervollstreckung. Er möchte daher vom Berater wissen, in welchen Fällen sie sich dennoch als sinnvoll erweist.

Der Berater kann diesem Aspekt der Bevormundung an sich nicht widersprechen, wird aber erläutern, dass die Verwaltungsvollstreckung vernünftigerweise nicht als Mittel zur schikanösen Knebelung dienen sollte, sondern fürsorglichen Charakter besitzt. Wenn sie von den Erben dennoch als Bevormundung empfunden würde, so sei dies die unvermeidbare Kehrseite des Erblasserwillens, die Erben und das Vermögen zu schützen. 37

Der Berater kann auf folgende **Anwendungsfälle** der Verwaltungsvollstreckung verweisen:

- Während bei der Abwicklungsvollstreckung die Verteilung im Vordergrund steht, ist an Verwaltungsvollstreckung immer dann zu denken, wenn es dem Erblasser vor allem um Nutzbarmachung des Vermögens und Erzielung von Erträgen durch eine qualifizierte Person geht.
- Vereinfachung der Verwaltung wegen (ggf. sogar im Ausland) verstreut lebender Erben.
- Die Erben sind noch minderjährig und folglich nicht imstande, das Vermögen zu verwalten oder eine Firma zu leiten.

1 Vgl. dazu die in dem Beschluss des OLG Düsseldorf v. 2.3.1988 – 3 G X 290/87, NJW 1988, 2615 zitierten Entscheidungen.
2 OLG Düsseldorf v. 2.3.1988 – 3 G X 290/87, NJW 1988, 2615.

– Die Erben sind zwar volljährig, aber (noch) nicht ausreichend qualifiziert, Verantwortung für das Vermögen (die Firma) übernehmen zu können.
– Die Erben sind an wirtschaftlichen Dingen desinteressiert.
– Schutz des Vermögens gegen böswillige Erben.
– Die Erben sind zerstritten oder es besteht die begründete Sorge, dass sie es einmal sein werden, zum Beispiel auch wegen nicht harmoniefähiger Schwiegerkinder.
– Der Erbe ist behindert.
– Verwaltungsvollstreckung bedeutet im Ergebnis auch (befristetes) Auseinandersetzungsverbot, so dass auf diese Weise das Vermögen, ein besonders wertvoller Nachlassgegenstand oder ein Unternehmen nicht zerschlagen, sondern zusammengehalten werden[1]. Zwecks Vermeidung jeglichen Missverständnisses kann dies auch ausdrücklich bestimmt werden:

Formulierungsvorschlag

Für die ersten 20 Jahre nach meinem Tod verfüge ich Verwaltungstestamentsvollstreckung. In dieser Zeit darf der Nachlass nicht auseinandergesetzt werden.

38 – Zum Schutze des Vermögens besteht auch Handlungsbedarf bei einem verschwenderischen oder verschuldeten Erben, da dessen Gläubiger auf das Erbe zugreifen könnten. Hier empfiehlt es sich, den Betreffenden nur zum Vorerben einzusetzen, das Nacherbenanwartschaftsrecht für nicht vererblich und nicht übertragbar zu erklären und zugleich den Vorerben durch Verwaltungstestamentsvollstreckung zu beschränken, wobei ihm der jährliche Reinertrag des Erbteils verbleibt, was wegen § 2338 Abs. 1 Satz 2 BGB nötig ist (sonst könnte ausgeschlagen und der Pflichtteil verlangt werden). Zugleich erhält der Testamentsvollstrecker die Rechte des Nacherbentestamentsvollstreckers gemäß § 2222 BGB. Für den Fall, dass der betreffende Erbe ausschlägt und seinen Pflichtteil verlangt, wäre dieser den gleichen Beschränkungen zu unterstellen, was gemäß § 2338 BGB möglich ist[2]:

Formulierungsvorschlag

Meine Kinder A und B sind meine Erben zu gleichen Teilen. A ist verschwendungssüchtig und überschuldet. Er ist Vorerbe. Nacherben sind seine gesetzlichen Erben gemäß § 2066 BGB. Für die Vorerbschaft gilt Verwaltungstesta-

1 Vgl. dazu *Scheuren-Brandes*, ZEV 2007, 306.
2 Vgl. dazu die ausführlichen Erläuterungen von *Nieder*, Münchner Vertragshandbuch, Band 4, XVI. 18.

mentsvollstreckung, zugleich hat der Testamentsvollstrecker die Rechte gemäß § 2222 BGB. Der jährliche Reinertrag seines Erbteils ist an A auszukehren. Schlägt A das Erbe aus und verlangt den Pflichtteil, unterliegt auch dieser den vorgenannten Beschränkungen gemäß § 2338 BGB.

- Per Verwaltungsvollstreckung können Eltern, der überlebende Ehegatte oder ein Vormund von der Verwaltung des Nachlasses ausgeschlossen werden, was sich vor allem dann empfiehlt, wenn sie geschäftsuntüchtig oder verschuldet sind (Vorteil gegenüber dem Verfahren nach § 1638 Abs. 1 BGB: Die Maßnahme erscheint weniger brüsk, außerdem ist nach richtiger Auffassung Pflegerbestellung entbehrlich[1]). 39
- Bei Verwaltungsvollstreckung besitzen Eigengläubiger des Erben keinen Zugriff auf den Nachlass, § 2214 BGB.
- Der Witwe kann als Verwaltungsvollstreckerin die Rolle des Familienvorstands eingeräumt werden, da die an sich aus der elterlichen Gewalt resultierenden Beschränkungen gegenüber dem Vollstreckeramt nicht greifen, abgesehen davon, dass Letzteres auch nach Volljährigkeit der Kinder weiterwirkt.
- Unterstellt man das Erbe eines geistig Behinderten der Verwaltungsvollstreckung, ist es in den rechtlichen Grenzen gegen den Zugriff vor allem des Sozialhilfeträgers geschützt. Näheres s. B VIII.
- Auch um die Sicherheit des Nacherben zu erhöhen, kann Verwaltungsvollstreckung sinnvoll sein, und zwar als Nacherbenvollstreckung gemäß § 2222 BGB, als Vorerbenvollstreckung oder als Vollstreckung über die Vor- und Nacherbschaft.
- Aus Versorgungsgründen vor allem zugunsten des überlebenden Ehegatten lassen sich Nießbrauchsvermächtnis und Verwaltungsvollstreckung kombinieren (sog. Dispositionsnießbrauch)[2]. Das räumt dem Ehegatten im Rahmen ordnungsgemäßer Verwaltung (§ 2216 BGB) eine weitreichende Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis (auch in Bezug auf die Surrogate) ein[3].

Formulierungsvorschlag

Erben sind meine Kinder U und W zu gleichen Teilen. Meine Ehefrau F erhält auf Lebenszeit den Nießbrauch am gesamten Nachlass. Bis zu ihrem Tod darf der Nachlass ohne ihre Zustimmung nicht auseinandergesetzt werden. Ich bestimme

1 MüKo/*Zimmermann*, § 2209 BGB Rz. 5 und Fn. 15; Staudinger/*Reimann*, § 2209 Rz. 7.
2 Er wird allgemein für zulässig erklärt, vgl. *Nieder*, Handbuch der Testamentsgestaltung, Rz. 697 u. 891.
3 *Nieder*, Handbuch der Testamentsgestaltung, Rz. 697 u. 891.

meine Ehefrau zur Testamentsvollstreckerin. Sie ist unter Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot berechtigt, sich den Nachlass zu beschaffen und ihn zu verwalten[1].

5. Testamentsvollstreckung als differenziertes Gestaltungsmittel (Erweiterungen und Beschränkungen)

a) Der Wille des Erblassers

40 Die Testamentsvollstreckung ist noch nicht so populär, wie sie sein könnte und sollte, weil die Berater dem Mandanten vielfach nicht ausreichend das äußerst differenzierte Gestaltungspotenzial, welches in ihr liegt, vermitteln. Das Spektrum reicht vom 30 Jahre (manchmal sogar länger) Verantwortung tragenden **Generalvollstrecker** bis zum **Spezialvollstrecker**, der z.B. nur die Bestattungsanordnung ausführt. Dem auf individuelle Ziele gerichteten Willen des Erblassers sind nahezu keine Grenzen gesetzt. Obwohl dieser Wille, was die konkrete Ausgestaltung betrifft, nicht unbedingt im Testament niedergelegt sein muss, sondern sich auch aus den Umständen ergeben kann[2], ist präzise Umschreibung der Kompetenzen im Testament anzuraten.

b) Erweiterung der Kompetenzen

➲ **Beratungssituation:** Erblasser E möchte seinen Sohn S zum Alleinerben einsetzen, dem Testamentsvollstrecker, seinem besten Freund T, jedoch freie Hand lassen. E bestimmt daher, dass T den Nachlass als Ganzes veräußern dürfe. T sei auch berechtigt, im Falle der Überschuldung des Nachlasses für S das Erbe auszuschlagen. Wenn er es für angebracht halte, könne er auch einen Miterben bestimmen. Auch ein Nachlassverzeichnis müsse er dem/den Erben nicht vorlegen, ebenso wenig müsse er Rechnung legen. Zudem solle er auch Schenkungen in unbegrenzter Höhe vornehmen können, wenn S sich gegenüber T ungebührlich benehme. Auf keinen Fall solle T für seine Tätigkeit haften.

41 Folgende **Kompetenzerweiterungen sind unzulässig**:

- Veräußerung des Nachlasses als Ganzes oder eines ganzen Erbteils,
- Bestimmung eines Erben oder Miterben, § 2065 Abs. 2 BGB,
- Entpflichtung von der Vorlage eines Nachlassverzeichnisses und von der Rechnungslegung gegenüber den Erben, §§ 2220, 2215, 2218 BGB (sie können hierauf allerdings verzichten),
- Erklärung über Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft, die einer Testamentsvollstreckung unterstellt ist[3],

1 Vgl. weitergehende Gestaltungsmodalitäten bei *Nieder*, Münchner Vertragshandbuch, Band 4, XVI. 20 u. 23.
2 Palandt/*Edenhofer*, § 2208 BGB Rz. 1; Staudinger/*Reimann*, § 2208 Rz. 4.
3 MüKo/*Zimmermann*, § 2208 BGB Rz. 15.

– die Bestimmung, der Testamentsvollstrecker könne Verbindlichkeiten zulasten des Privatvermögens der Erben begründen oder darüber verfügen[1],
– unentgeltliche Verfügungen, die keiner sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen, § 2205 Satz 2 BGB (zulässig jedoch mit Zustimmung der Erben),
– Ausschluss der Haftung des Testamentsvollstreckers, §§ 2220, 2219 BGB.

Keiner der Spezialwünsche des Erblassers ließe sich also wirksam formulieren.

Zulässig sind jedoch folgende **Erweiterungen**: 42

– Dauer- und Verwaltungsvollstreckung, § 2209 BGB, s. Rz. 34,
– Erweiterung der Verpflichtungsbefugnis, § 2207 BGB (gilt gemäß § 2209 Satz 2 BGB im Zweifel als angeordnet),
– Gestattung, die Auseinandersetzung nach freiem Ermessen durchzuführen, § 2048 Satz 2 BGB[2],
– Ernennung des Testamentsvollstreckers zugleich zum post- oder transmortalen Generalbevollmächtigten (Widerrufsmöglichkeit! S.o. Rz. 22),
– Einräumung des Bestimmungsrechts, wer ein Vermächtnis erhält, § 2151 Abs. 1 BGB, oder wie ein vermächtnisweise zugewendeter Gegenstand verteilt, § 2153 Abs. 1 BGB, oder ein Wahl-, Gattungs- oder Zweckvermächtnis oder eine Auflage erfüllt werden sollen, §§ 2154 bis 2156, 2192, 2193 BGB,
– Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot, § 181 BGB,
– Befreiung von der Herausgabepflicht bezgl. nicht mehr benötigter Nachlassgegenstände, §§ 2220, 2217 Abs. 1 BGB,
– Bestellung des Testamentsvollstreckers zum Schiedsrichter bei Streit um die Testamentsauslegung[3],
– Zuweisung von Sonderfunktionen, wie zum Beispiel Geschäftsführer oder Aufsichtsrat in einer Gesellschaft oder Stiftungsorgan,
– Ermächtigung des Testamentsvollstreckers, einen oder mehrere Mitvollstrecker oder Nachfolger zu ernennen, § 2199 BGB[4],

1 MüKo/*Zimmermann*, § 2206 BGB Rz. 9.
2 Staudinger/*Reimann*, § 2008 BGB Rz. 24.
3 BGH v. 18.11.1954 – IV ZR 152/54, BGHZ 15, 199 (203); MüKo/*Zimmermann*, § 2203 BGB Rz. 18; a.A. *Kipp/Coing*,§ 78 III 5.
4 Dieses Recht hat er jedoch nicht, wenn er wegen Pflichtverletzung entlassen wird, OLG München v. 9.7.2008 – 31 Wx 3/08, dargestellt in NJW-Spezial 2008, 584; streitig ist, ob der amtierende Testamentsvollstrecker seine frühere Wahl widerrufen darf, vgl. dazu *Säcker*, ZEV 2006, 288.

– Verlängerung der 30-jährigen Frist gemäß § 2210 Satz 1 BGB durch Anknüpfung des Endes der Verwaltungsvollstreckung an den Tod des Erben (oder Nacherben) oder des Testamentsvollstreckers oder an ein anderes Ereignis in der Person des einen oder des anderen, § 2210 Satz 2 BGB. Ist der Testamentsvollstrecker berechtigt, einen Nachfolger zu ernennen (§ 2199 Abs. 2 BGB), muss dieser beim Erbfall schon gelebt haben.

c) Beschränkung der Kompetenzen

➲ **Beratungssituation:** Der Mandant beabsichtigt, für seine Firma testamentarisch 30 Jahre lang einen Dauervollstrecker einzusetzen, möchte jedoch den Testamentsvollstrecker ermächtigen, selber vorzeitig das Ende der Testamentsvollstreckung beschließen zu dürfen, wenn er die Erhaltung des Nachlassvermögens auch ohne Testamentsvollstreckung für gesichert hält. Dafür soll er aber der Aufsicht durch das Nachlassgericht unterliegen. Ist eine solche Regelung zulässig?

43 Scheut sich jemand, dem Testamentsvollstrecker umfassende Macht einzuräumen, lässt sich diese durch entsprechende Formulierung in der letztwilligen Verfügung auch beschränken (§ 2208 BGB). Erst hier zeigt sich die ganze Vielfalt an Testamentsvollstreckungsmöglichkeiten, um das Vermögen zu sichern, Gerechtigkeit zu üben und Frieden zu stiften. In der Beratung ist es unverzichtbar, die verschiedenen Spielarten im Auge zu haben. Die wichtigsten Beschränkungen der Testamentsvollstreckerbefugnisse sind Folgende (wobei die Rechte, die der Testamentsvollstrecker nicht ausüben darf, bei den Erben verbleiben):

– Es werden mehrere Testamentsvollstrecker eingesetzt, was die Macht jedes Einzelnen beschneidet. Näheres s.u. Rz. 171 ff.

– Die Testamentsvollstreckung bezieht sich nur auf einen Erbteil (der Testamentsvollstrecker hat dann aber auch nur die Rechte dieses einen Miterben und kann nicht etwa den gesamten Nachlass verwalten oder seine Auseinandersetzung durchführen)[1]:

Formulierungsvorschlag

Ich verfüge Dauertestamentsvollstreckung. Sie gilt nur für den Erbteil meines Sohnes A und endet mit der Vollendung seines 30. Lebensjahres.

44 – Beschränkung auf einen Gegenstand (Grundstück, Unternehmen, literarischer Nachlass)[2]:

1 Vgl. dazu *Muscheler*, AcP 195, 35.
2 BayObLG v. 8.6.2005 – 1 Z BR 110/04, OLGReport 2005, 585.

Formulierungsvorschlag

Ich verfüge Testamentsvollstreckung in der Form der Dauervollstreckung. Sie endet, wenn mein jüngstes Kind das 25. Lebensjahr vollendet hat. Sie ist beschränkt auf meine Anteile an der X-GmbH.

- Die Verwaltungs-, Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis kann eingeschränkt oder ganz ausgeschlossen werden (z.B. Verbot, Wechselverbindlichkeiten einzugehen), auch in Bezug auf einzelne Gegenstände, § 2208 Abs. 1 BGB.
- Dem Testamentsvollstrecker werden (nur) die Rechte eines befreiten oder nicht befreiten Vorerben oder eines Vormunds oder Betreuers eingeräumt[1].
- Die Verfügungsbefugnis, auch bezüglich einzelner Gegenstände, wird an die Zustimmung eines Dritten geknüpft: 45

Formulierungsvorschlag

Ich verfüge Dauertestamentsvollstreckung. Sie endet zehn Jahre nach meinem Tod. Solange meine Ehefrau F noch lebt, darf meine Münzsammlung ganz oder teilweise nur mit ihrer Zustimmung veräußert werden.

- Oder umgekehrt: Verfügungen des Erben sind nur mit Zustimmung des Testamentsvollstreckers (der also keine darüber hinausgehenden Rechte besitzt) möglich.
- Der Erblasser kann auch verfügen, dass der Testamentsvollstrecker an Weisungen Dritter gebunden ist. Es muss sich dabei aber um Erben oder Mitvollstrecker handeln, da unser Recht den „Megavollstrecker" nicht kennt[2].
- Bloße Nacherbenvollstreckung gemäß § 2222 BGB, um die Interessen des Nacherben während der Vorerbschaft zu wahren, wenn dadurch auch nicht der Vorerbe, sondern der Nacherbe beschränkt wird: 46

Formulierungsvorschlag

Ich verfüge Testamentsvollstreckung. Sie ist begrenzt auf die Rechte und Pflichten meines Sohns Fritz als Nacherbe meiner Ehefrau F bis zum Eintritt der Nacherbfolge.

1 Staudinger/*Reimann*, § 2208 BGB Rz. 6.
2 Staudinger/*Reimann*, § 2208 BGB Rz. 15.

47 – Sog. Vermächtnisvollstreckung zwecks Erfüllung der dem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerungen (Untervermächtnisse, Auflagen), § 2223 BGB:

Formulierungsvorschlag

Ich verfüge Testamentsvollstreckung. Die einzige Aufgabe des Testamentsvollstreckers besteht darin, die meinem Enkel Hans auferlegten Vermächtnisse und Auflagen zu erfüllen.

– Davon zu unterscheiden ist die heute anerkannte Testamentsvollstreckung ausschließlich über ein Vermächtnis[1].

48 – Sog. **beaufsichtigende Vollstreckung** (§ 2208 Abs. 2 BGB) liegt vor, wenn die Erben die Verfügung des Erblassers ausführen, aber der Testamentsvollstrecker die Durchführung verlangen kann (der Testamentsvollstrecker besitzt also keine Verfügungsbefugnis und muss ggf. schuldrechtlich gegen die Erben vorgehen. Darf er laut Testament nicht einmal das, ist er nicht Testamentsvollstrecker, sondern nur Berater.) Die beaufsichtigende Vollstreckung ist nicht im Erbschein zu vermerken[2]:

Formulierungsvorschlag

Ich verfüge Testamentsvollstreckung. Der Testamentsvollstrecker besitzt keine Verpflichtungs- und Verfügungsbefugnis, ebenso wenig kann er den Nachlass auseinandersetzen. Er hat lediglich das Recht und die Pflicht, dass meine Briefmarkensammlung zehn Jahre nach meinem Tod von einem vereidigten Sachverständigen bewertet und veräußert wird. Ist ein Kaufpreis von mindestens 50 Prozent des Wertes nicht erzielbar, entfällt die Veräußerungspflicht.

– Zeitliche Beschränkungen ergeben sich aus der Möglichkeit, die Frist des § 2210 BGB zu verkürzen oder auch durch Anordnung einer auflösenden Bedingung. So kann dem Testamentsvollstrecker selbst die Entscheidung darüber eingeräumt werden, bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen (etwa, wenn er den Nachlass für gesichert hält) die Testamentsvollstreckung zu beenden[3]. Nicht aber kann sich der Testamentsvollstrecker verpflichten und auch nicht verpflichtet werden, das Amt auf Verlangen der Erben zu

1 *Lange/Kuchinke*, § 31 V. 1.
2 *Winkler*, Rz. 147.
3 BayObLG v. 29.3.1976 – 1 Z 9/76, NJW 1976, 1692; Staudinger/*Reimann*, § 2208 BGB Rz. 13.

beenden[1]. Die Idee des Mandanten im **Ausgangsfall**, den Testamentsvollstrecker der Aufsicht durch das Nachlassgericht zu unterstellen, ist wegen Unzulässigkeit nicht realisierbar[2].

– Die Aufgabe des Testamentsvollstreckers kann auch auf Vermittlung und Schlichtung nach dem Ende der Verwaltung beschränkt sein[3].

– Anordnung der Testamentsvollstreckung nur für einen Ersatzerben: 49

Formulierungsvorschlag

Ich verfüge Testamentsvollstreckung. Sie gilt nur, wenn mein behinderter Enkel E Ersatzerbe werden sollte.

– Testamentsvollstreckung nur zur Errichtung einer Stiftung.

d) Folgen der Kompetenzüberschreitung

aa) Dingliche Wirkung der Verfügungsbeschränkung

➲ **Beratungssituation:** Laut Testament war die Testamentsvollstreckung auf Grundstücke beschränkt. Der Testamentsvollstrecker veräußerte jedoch den wertvollen Flügel. Der Käufer glaubte, der Testamentsvollstrecker sei hierzu berechtigt gewesen. Ein Testamentsvollstreckerzeugnis war noch nicht erteilt. Der Erbe möchte wissen, ob er den Flügel vom Käufer herausverlangen kann.

Hat der Erblasser die Kompetenzen des Testamentsvollstreckers im Vergleich zum Regeltypus der Generalvollstreckung beschränkt, bedarf dies der Eintragung ins Testamentsvollstreckerzeugnis[4]. Geht der Testamentsvollstrecker über die ihm eingeräumten Rechte hinaus und verfügt zum Beispiel über einen Nachlassgegenstand, der von seiner Verwaltung ausgeklammert war, so ist streitig, ob die Beschränkung nur schuldrechtlich wirkt, die Verfügung im Verhältnis zum Dritten also Bestand hat (mit der möglichen Folge einer Schadenersatzpflicht des Testamentsvollstreckers) oder doch dinglich ist. Die h.M.[5] bejaht dingliche Wirkung, wonach die Verfügung unwirksam ist. 50

1 *Winkler*, Rz. 145.
2 Staudinger/*Reimann*, § 2208 BGB Rz. 16.
3 Palandt/*Edenhofer*, § 2208 BGB Rz. 2.
4 BayObLG v. 12.2.1986 – BReg. 1 Z 78/85, NJW-RR 1986, 629.
5 OLG Zweibrücken v. 15.11.2000 – 3 W 175/00, ZEV 2001, 274; *Lange/Kuchinke*, § 31 V 1; *Weirich*, Rz. 847; Palandt/*Edenhofer*, 2208 BGB Rz. 5; *Brox*, Rz. 385; Staudinger/*Reimann*, § 2208 BGB Rz. 17; *Keim*, ZEV 2002, 132; a.A. *Lehmann*, AcP 188, 1 (18); *Damrau*, JR 1985, 106; zurückhaltend dingliche Wirkung bejahend MüKo/*Zimmermann*, § 2205 BGB Rz. 81.

bb) Gutglaubensschutz

51 Der gute Glaube des Dritten wird nicht geschützt, es sei denn, er hat sich das keine entsprechende Beschränkung ausweisende Testamentsvollstreckerzeugnis vorlegen lassen. Es bleibt aber bei der Versagung des Gutglaubensschutzes, wenn der Dritte die Beschränkung kannte oder überhaupt (noch) kein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt war[1]. Im Ausgangsfall kann der Erbe den Flügel also vom Käufer herausverlangen.

cc) Dürfen Erbe und Testamentsvollstrecker trotz Beschränkung gemeinsam verfügen?

➲ **Beratungssituation:** Erblasser E hat in seinem Testament die Veräußerung seines Anteils an der X-GmbH streng untersagt. Mit Zustimmung aller Erben überträgt der Testamentsvollstrecker den Anteil dennoch ein halbes Jahr nach dem Tod von E auf A. Ist die Verfügung wirksam?

52 Nach h.M.[2] können sich der Testamentsvollstrecker und die Erben (wenn alle zustimmen) über die Anordnungen des Erblassers hinwegsetzen, wenn auch dogmatisch nicht geklärt ist, wer eigentlich verfügt[3]. Schadenersatzansprüche der Erben gegen den Testamentsvollstrecker wegen unberechtigter Verfügungen scheiden dann aus.

6. Testamentsvollstreckung über Vor- und Nacherbschaft

53 Wer Vor- und Nacherbschaft verfügt, beweist schon einen sehr konkreten Gestaltungswillen. Ihre Ziele sind: Vererbung in mindestens zwei Stufen (obwohl der Nacherbe direkt vom Erblasser erbt) und mehr oder weniger starke Sicherung des Nachlasses zugunsten des Nacherben. Wird Vor- und Nacherbschaft nun noch mit Testamentsvollstreckung kombiniert, lassen sich weitere Ziele erreichen, die der Berater dem Mandanten vor Augen führen sollte.

➲ **Beratungssituation:** Der schwerkranke, dem Tode nahe Mandant M, Inhaber eines beträchtlichen Vermögens, möchte seinen Sohn S zum Alleinerben einsetzen. S und seine Ehefrau F erwarten in sieben Monaten ihr erstes Kind. M wünscht, dass sein dem S zu vererbendes Vermögen nach dessen Tod an das Kind des S geht. Da S jedoch nicht mit Geld umgehen kann, möchte M die Rechte des Kindes sichern. Wie kann das geschehen?

---

1 Staudinger/*Reimann*, § 2208 BGB Rz. 18; MüKo/*Zimmermann*, § 2205 Rz. 82 u. § 2208 BGB Rz. 4.

2 Staudinger/*Reimann*, § 2208 BGB Rz. 26; Palandt/*Edenhofer*, § 2208 BGB Rz. 5; MüKo/*Zimmermann*, § 2208 BGB Rz. 5.; a.A. *Lehmann*, AcP 188, 1 (4); *Brox*, Rz. 387.

3 Vgl. dazu *Lehmann*, AcP 188, 1 (4).

a) Kombinationsmöglichkeiten

Der Testamentsvollstreckung können unterstellt werden 54

- die Vorerbschaft,
- die Nacherbschaft,
- Vor- *und* Nacherbschaft,
- die Wahrnehmung der Rechte des Nacherben gegenüber dem Vorerben (sog. Nacherbenvollstreckung gemäß § 2222 BGB),
- die Vorerbschaft i.V.m. der Nacherbenvollstreckung gemäß § 2222 BGB.

➲ **Beratungshinweis:** Es muss eine präzise Formulierung gewählt werden, damit klar ist, welche Vollstreckungsart gewollt ist. Oft lässt sich der Erblasserwille nur sehr schwer per Auslegung ermitteln. 55

Was kann der Erblasser mit der Testamentsvollstreckung erreichen? Die Testamentsvollstreckung über die **Vorerbschaft** sichert den Nacherben dadurch, dass der Testamentsvollstrecker die Hand auf der Vorerbschaft hat. Der Vorerbe ist weitgehend außerstande, zum Nachteil des Nacherben zu handeln. Die Testamentsvollstreckung über die **Nacherbschaft** folgt den normalen Zwecken einer Verwaltungsvollstreckung, dient also dem Schutz des Nachlasses vor verzehrenden Maßnahmen des Nacherben. Bei der Testamentsvollstreckung zugleich über **Vor- und Nacherbschaft** werden die soeben geschilderten Zwecke kombiniert. Die **Nacherbenvollstreckung** gemäß § 2222 BGB (nicht zu verwechseln mit der Vollstreckung über die Nacherbschaft) legt die Wahrung der Rechte des Nacherben gegenüber dem Vorerben in die Hände eines Testamentsvollstreckers, der also nicht das der Vor- oder Nacherbschaft unterliegende Vermögen verwaltet, sondern lediglich anstelle des Nacherben dessen Rechte gegenüber dem Vorerben wahrnimmt. Rechtlich beschränkt ist also der Nacherbe, nicht der Vorerbe. Ist der Nacherbenvollstrecker zugleich Vollstrecker der Vorerbschaft, liegt bis zum Nacherbfall alle Macht in seinen Händen.

b) Wann empfiehlt sich Anordnung der Nacherbenvollstreckung gemäß § 2222 BGB?

Formulierungsvorschlag

Gemeinschaftliches Testament

Wir setzen uns gegenseitig zu alleinigen Vorerben ein. Nacherbe ist unser Sohn S. Rechtsanwalt Hans Pfitzner, Weilheim, soll als Testamentsvollstrecker die Rechte und Pflichten des Nacherben bis zum Eintritt des Nacherbfalls wahren. Das ist seine einzige Aufgabe. Hat S bei Eintritt des Nacherbfalls das 25. Lebensjahr noch nicht vollendet, wandelt sich die Nacherbenvollstreckung bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres von S in eine Dauervollstreckung über das Nacherbe.

56 Bei der Anordnung von Vor- und Nacherbschaft kann die Einsetzung eines Nacherbenvollstreckers gemäß § 2222 BGB immer dann sinnvoll sein, wenn der Nacherbe noch nicht bekannt oder (noch) nicht imstande ist, in der Phase vor dem Anfall der Nacherbschaft seine Rechte gegenüber dem Vorerben zu wahren[1]. So auch im Ausgangsfall. Die Einsetzung eines Nacherbenvollstreckers macht zudem eine Pflegerbestellung[2] sowie die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung überflüssig, §§ 1912, 1913 BGB[3]. Mittels Nacherbenvollstreckung kann auch die Übertragung des Nacherbenanwartschaftsrechts verhindert werden[4]. Schließlich empfiehlt sie sich bei einer noch nicht genehmigten Stiftung, wenn diese Nacherbin ist. Der Vorerbenvollstrecker sollte dann auch als Nacherbenvollstrecker fungieren[5].

c) Welche Rechte besitzt der Testamentsvollstrecker bei Vor- und Nacherbschaft?

aa) Nacherbenvollstrecker

57 Er verwaltet keinen Nachlass, sondern wahrt die Rechte des Nacherben gegenüber dem Vorerben vor Eintritt des Nacherbfalls. Er besitzt die Rechte (inklusive Prozessführungsrechte), die an sich der Nacherbe besäße, nicht mehr und nicht weniger[6]. Mit Eintritt der Nacherbfolge endet das Amt. Es liegt nicht in der Macht des Nacherbenvollstreckers, den Zeitpunkt der Nacherbfolge zu bestimmen. Er kann auch nicht auf das Nacherbenanwartschaftsrecht verzichten oder es auf einen anderen, etwa den Vorerben, übertragen[7].

Wer kann das Amt gemäß § 2222 BGB bekleiden? Nicht der alleinige Vorerbe[8], auch nicht der alleinige Nacherbe[9]. Einer von mehreren Vor- oder Nacherben kann es jedoch, ebenso wie der alleinige Vorerbe einer von mehreren Nacherbenvollstreckern sein kann[10]. Auch der Testamentsvollstrecker des Vorerben darf zugleich Nacherbenvollstrecker gemäß § 2222 BGB sein.

bb) Testamentsvollstreckung für Vor- und Nacherben

➲ **Beratungssituation:** Der Mandant ist Testamentsvollstrecker sowohl für die Vor- als auch die Nacherbschaft. Der Vorerbe ist nicht befreit. Der Erbfall ist eingetreten. Der Mandant fragt, ob er aus dem Vorerbe ein Grundstück veräußern dürfe.

---

1 Einzelheiten s. *Keim*, ZErb 2008, 5.
2 BayObLG v. 15.12.1959 – BReg. 2 Z 197/59, NJW 1960, 966.
3 *Nieder*, Münchner Vertragshandbuch, Band 4, XVI. 11 Ziff. 20/2.
4 *Tanck/Kerscher/Krug*, Testamente, § 12 Rz. 57.
5 *Winkler*, Rz. 156.
6 BGH v. 9.11.1994 – IV ZR 319/93, NJW 1995, 456; vgl. dazu *Schwarz*, Erbrecht effektiv, 2007, 34.
7 *Bengel/Reimann*, IV Rz. 211.
8 BayObLG v. 10.4.1959 – BReg. 1 Z 178/58, BayObLGZ 1959, 129.
9 Ebenso, allerdings zurückhaltend, Staudinger/*Reimann*, § 2222 BGB Rz. 17.
10 Staudinger/*Reimann*, § 2222 BGB Rz. 16.

Ein und dieselbe Person darf Testamentsvollstrecker für Vor- und Nacherbschaft sein[1]. Der Testamentsvollstrecker unterliegt dann nicht den Verfügungsbeschränkungen des Vorerben gemäß den §§ 2113 bis 2115 BGB[2], sondern lediglich dem Schenkungsverbot des § 2205 Satz 3 BGB. Veräußert der Testamentsvollstrecker aus dem Vorerbe ein Grundstück, ist der Nacherbenvermerk wegen Unrichtigkeit des Grundbuchs zu löschen[3]. Bei dieser Personalunion besteht aber die latente Gefahr der Interessenkollision: Der Vorerbe will hohe Nutzungen und keine seinen Gewinn schmälernde Kosten. Der Nacherbe wünscht geringe Nutzungen des Vorerben und Vermögensmehrung. Der Testamentsvollstrecker muss sich streng an das Gesetz halten und viel Augenmaß beweisen (auch in Bezug auf den Ausgleich gemäß den §§ 2142 bis 2146 BGB), andernfalls ist er u.U. haftbar. 58

cc) Testamentsvollstreckung nur für den Vorerben

Hier ist streitig, ob der Testamentsvollstrecker den Verfügungsbeschränkungen des Vorerben unterliegt. Das ist zu bejahen, denn der Testamentsvollstrecker kann insoweit nicht mehr Rechte besitzen als der Vorerbe[4]. Dem widerspricht die in Rz. 58 vertretene Auffassung nicht, weil der Erblasser dort auch das Nacherbe unter Testamentsvollstreckung gestellt hat (wenn auch diese zweite Vollstreckung erst mit Eintritt des Nacherbfalls beginnt). 59

➲ **Beratungshinweis:** Der Testamentsvollstrecker sollte daher vorsorglich immer die Zustimmung des Nacherben einholen. Ist dies kurzfristig nicht möglich, wird, um Schadenersatzansprüchen des Käufers zu entgehen, Rücktrittsvorbehalt für den Fall der Nichtzustimmung empfohlen. Die Kaufpreisfälligkeit ist an die Zustimmung des Nacherben zu knüpfen[5]. **Form** bei Grundstücksgeschäften: § 29 GBO (ggf. auch Zustimmung der gesetzlichen Vertreter und Genehmigung des Vormundschaftsgerichts).

dd) Testamentsvollstreckung nur für den Nacherben

Es gelten keine Besonderheiten. Sie beginnt mit dem Eintritt des Nacherbfalls und kann auch mit der (zeitlich vorhergehenden) Nacherbenvollstreckung gemäß § 2222 BGB kombiniert werden, so dass aus dem Nacherbenvollstrecker automatisch ein Nacherbschaftsvollstrecker wird. Letzteres Amt kann auch dem Vorerben verliehen werden. 60

1 *Bengel/Reimann*, IV Rz. 193.
2 BGH v. 25.9.1963 – V ZR 130/61, BGHZ 40, 115.
3 *Bengel/Reimann*, IV Rz. 194.
4 So auch *Bengel/Reimann*, IV Rz. 198; MüKo/*Zimmermann*, § 2222 BGB Rz. 10; a.A. *Winkler*, Rz. 215; OLG Neustadt v. 16.8.1956 – 3 W 65/56, NJW 1956, 1881; zu den Rechten des Vorerbentestamentsvollstreckers bei Anordnung befreiter Vorerbschaft vgl. MüKo/*Zimmermann*, § 2222 BGB Rz. 10.
5 Muster s. bei *Bengel/Reimann*, IV Rz. 204.

7. Vermächtnistestamentsvollstreckung

➲ **Beratungssituation:** Der Erblasser hat letztwillig wie folgt verfügt:

„Meine Ehefrau F ist Alleinerbin. Meine Ferienwohnung in List/Sylt erhält mein Sohn S als Vermächtnis. Meine Geschwister A und B dürfen je drei Wochen jährlich kostenlos in der Wohnung wohnen. Das Vermächtnis unterstelle ich der Testamentsvollstreckung. Testamentsvollstrecker ist Herr Rechtsanwalt Dr. Gustav Mahler, Kiel." Dr. Mahler möchte wissen, wofür er eigentlich zuständig ist.

61 Die Zweifel sind berechtigt, denn der Erblasser hat sich nicht klar ausgedrückt. Infrage kommt zum einen:

a) Erfüllungsvollstreckung für das Hauptvermächtnis

62 Hier ist die Aufgabe des Testamentsvollstreckers darauf beschränkt, für die Erfüllung eines Vermächtnisses, mit dem der Erbe belastet ist, zu sorgen, zum Beispiel die Übertragung eines Grundstücks. Gleiches kann für die Vollziehung einer Auflage angeordnet werden.

b) Erfüllungsvollstreckung für ein Untervermächtnis etc.

63 Das ist der **Sonderfall** des § 2223 BGB. Der Erblasser ordnet an, dass der Vermächtnisnehmer mit einem Unter- oder Nachvermächtnis oder einer Auflage beschwert ist, und setzt den Testamentsvollstrecker dafür ein, diese zu erfüllen bzw. zu vollziehen.

c) Verwaltungsvollstreckung für ein Vermächtnis

64 Da § 2223 BGB von „auch" spricht, ist anerkannt, dass auch ein vermächtnisweise zugewendeter Gegenstand der Verwaltungsvollstreckung unterstellt werden kann[1]. Dies gilt ebenso für ein Nachvermächtnis und analog § 2222 BGB für die Wahrung der Rechte des Nachvermächtnisnehmers vor Eintritt des Nachvermächtnisfalls[2].

Im **Ausgangsfall** ist nicht klar geregelt, ob der Testamentsvollstrecker das dem S zugewandte Vermächtnis insgesamt dauernd verwalten oder nur für die Erfüllung der Untervermächtnisse zugunsten von A und B zuständig sein soll. Klare Formulierung ist dringend geboten, da Unklarheiten gerade bei einer jahrelangen Verwaltungsvollstreckung zu erheblichen Querelen führen können.

d) Sonstiges

65 Der **alleinige Vermächtnisnehmer** kann nicht Alleinvermächtnisvollstrecker sein. Die **Alleinerbenposition** schließt die gleichzeitige Bestellung zum Ver-

1 Soergel/*Damrau*, § 2223 BGB Rz. 1; Staudinger/*Reimann*, § 2223 BGB Rz. 1; Palandt/*Edenhofer*, § 2223 BGB Rz. 2; MüKo/*Zimmermann*, § 2223 BGB Rz. 4.

2 *Bengel/Reimann/Schaub*, V Rz. 296; *Dietrich*, NJW 1971, 2017.

mächtnisvollstrecker nicht aus[1], was beim Testamentsvollstrecker ein streng an den Gesetzen orientiertes Handeln voraussetzt (Interessenkollision!). Der Vermächtnisvollstrecker erhält auf Antrag ein **Zeugnis** nach § 2368 BGB, eine Erwähnung im **Erbschein** erfolgt nicht[2]. Die Vermächtnistestamentsvollstreckung ist im Grundbuch zu vermerken, § 52 GBO[3]. Der Vermächtnisvollstrecker klagt gegen den Erben auf Hauptvermächtniserfüllung, der Untervermächtnisnehmer gegen den Vermächtnisvollstrecker auf Erfüllung des Untervermächtnisses[4]. Der Testamentsvollstrecker über ein Vermächtnis ist berechtigt, nach dem Tod des Vorvermächtnisnehmers auch ein angeordnetes Nachvermächtnis zu vollziehen[5].

8. Testamentsvollstreckung und Behindertentestament

S. dazu Rz. 12 und B VIII[6]. 66

9. Testamentsvollstreckung bei verschwenderischem Pflichtteilsberechtigten

S. dazu Rz. 38. 67

VI. Der Nachlass vor Beginn der Testamentsvollstreckung

➲ **Beratungssituation:** Erblasser E hat in seinem Testament Testamentsvollstreckung angeordnet. Die Ernennung soll durch das Nachlassgericht erfolgen. Das Verfahren zieht sich seit Monaten hin, weil bereits mehrere Angesprochene die Annahme des Amts abgelehnt haben.

Der Mandant, Alleinerbe des E, fragt, ob er eine der sechs im Nachlass befindlichen Eigentumswohnungen veräußern dürfe. Ihm sei ein sehr günstiger Preis geboten worden.

1. Verzögerter Amtsbeginn, Probleme der Handlungsunfähigkeit

Der Amtsbeginn kann sich aus vielerlei Gründen verzögern: späte Ablieferung des Testaments, Aufschieben des Eröffnungstermins, Anfrage beim ernannten Testamentsvollstrecker, Ablehnung, Anfrage beim Ersatztestamentsvollstrecker, Warten auf die im Testament angeordnete Bestimmung durch Dritte, zeitraubende Anhörungen etc. Es kann ein Jahr dauern, bis der Testamentsvollstrecker im Amt ist, möglicherweise war er es auch bereits und 68

1 Staudinger/*Reimann*, § 2223 BGB Rz. 3.
2 Palandt/*Edenhofer*, § 2223 BGB Rz. 1.
3 MüKo/*Zimmermann*, § 2223 BGB Rz. 7.
4 Staudinger/*Reimann*, § 2223 BGB Rz. 15.
5 *Hartmann*, ZEV 2001, 89, 91; *Spall*, ZEV 2002, 5; a.A. *Damrau/J. Mayer*, ZEV 2001, 293, 294.
6 Einzelheiten s. bei *Tersteegen*, ZEV 2008, 121.

stirbt oder legt sein Amt nieder, was zu gleichen misslichen Situationen führen kann. Zwischenzeitlich besteht aber oft Handlungsbedarf. Der Erbe ist jedoch, wenn Testamentsvollstreckung angeordnet wurde, zwischen Erbfall und Amtsbeginn ebenso handlungsunfähig wie später nach Annahme des Amts durch den Testamentsvollstrecker, § 2211 BGB. Im **Ausgangsfall** kann E also über die Wohnung nicht verfügen. Er kann den Nachlass auch nicht verpflichten, darf keine Kündigungen aussprechen oder solche wirksam empfangen und keine Nachlassschulden tilgen. Auch der spätere Testamentsvollstrecker kann vor Amtsbeginn noch nicht rechtswirksam handeln, ihm bleibt nur die Möglichkeit nachträglicher Genehmigung, allerdings nur bei zweiseitigen Rechtsgeschäften.

2. Lösungswege in der Praxis

a) Vorausschauende Maßnahmen des Erblassers

69 Der Erblasser kann dem Erben für die Zeit vom Erbfall bis zum Amtsantritt des Testamentsvollstreckers eine **postmortale Vollmacht** erteilen. Sie gehört nicht ins Testament, sondern in eine getrennte Urkunde, da das Testament oft erst spät gefunden oder eröffnet wird. Ist sich der Erblasser über die Person des Testamentsvollstreckers noch nicht im Klaren, sollte die Vollmacht auf einen vertrauenswürdigen Dritten ausgestellt werden.

b) Maßnahmen des Erben nach Eintritt des Erbfalls

70 Wurde der Erbe nicht postmortal bevollmächtigt, könnte er als falsus procurator handeln und muss dann auf die Genehmigung des Testamentsvollstreckers hoffen, ein Risiko, das er wegen der Eigenhaftung ohne Beschränkungsmöglichkeit vielleicht scheut. Bei dringend notwendigen Maßnahmen, etwa Beauftragung einer Dachreparatur, dürften dem Erben in der Regel Aufwendungsersatzansprüche gemäß § 683 BGB aus Geschäftsführung ohne Auftrag zustehen[1].

Ein anderer Weg ist die **Pflegerbestellung** durch das Amtsgericht, das diese auch ohne Antrag vornehmen kann. Der Pfleger handelt für den Testamentsvollstrecker, nicht für den Erben. Streitig ist, ob die Bestellung gemäß § 1913 oder § 1960 BGB erfolgt. Im ersten Fall wäre das Familiengericht, im letzten das Nachlassgericht zuständig. Natürlich wäre es zweckmäßiger, die Bestellung in die Hände des Nachlassgerichts zu legen, aber nach dem Gesetz fände § 1913 BGB, da der Testamentsvollstrecker ein Beteiligter ist, direkte Anwendung, während § 1960 BGB nur analog zum Zuge käme, denn dort werden andere Fälle geregelt. Eine analoge Anwendung ist jedoch nicht zulässig, wenn eine andere Norm direkt anwendbar ist. Es besteht dann nämlich keine Lücke. Die Pflegerbestellung erfolgt also durch das Familiengericht[2]. Im Gegen-

1 *Damrau*, ZEV 1996, 81 ff.
2 So auch *Damrau*, ZEV 1996, 81 ff.; a.A. *Bengel/Reimann*, I Rz. 14 ff.; *Winkler*, Rz. 111a.

satz zum Testamentsvollstrecker unterliegt der Pfleger der Aufsicht des Gerichts und bedarf auch der üblichen familiengerichtlichen Genehmigungen[1].

VII. Anordnung und Beginn der Testamentsvollstreckung

Es sind zu unterscheiden: 71

- die **Anordnung** der Testamentsvollstreckung: Das ist die in einer letztwilligen Verfügung niedergelegte Entscheidung über die Testamentsvollstreckung als solche.
- die **Ernennung**: Mit ihr wird festgelegt, welche konkrete Person oder Institution Testamentsvollstrecker sein soll.
- die **Annahme** des Antrags: Erst wenn der Ernannte dem Nachlassgericht die Annahme anzeigt, ist er Testamentsvollstrecker. Damit beginnt sein Amt.

1. Die Anordnung

➲ **Beratungssituation:** Der Mandant legt ein Testament vor, in dem sein verstorbener Vater festgelegt hat, dass er, der Mandant, je nach den Umständen darüber befinden dürfe, ob Testamentsvollstreckung angeordnet sein soll oder nicht. Zulässige Regelung?

Wirksamkeitsvoraussetzungen 72

Die Regelung in der **Beratungssituation** ist unzulässig, weil der Erblasser die Anordnung **selbst** vornehmen muss, und zwar im Testament oder einer einseitigen Verfügung im **Erbvertrag**. Testamentsvollstreckung lässt sich im **gemeinschaftlichen Testament** nicht wechselbezüglich anordnen, der überlebende Ehegatte kann sie also für seinen eigenen Tod streichen oder inhaltlich ändern. Er darf den im gemeinschaftlichen Testament ernannten Testamentsvollstrecker auch auswechseln, wenn die wechselbezüglich bedachten Erben dadurch nicht beeinträchtigt werden[2]. Umgekehrt kann er nicht Testamentsvollstreckung verfügen, wenn sie im gemeinschaftlichen Testament nicht angeordnet war, § 2271 Abs. 2 BGB. Ausnahme: Sie war ihm gestattet, was sich auch durch (ergänzende) Auslegung ergeben kann[3]. Nur über das Testamentsvollstreckerhonorar lässt sich per Rechtsgeschäft unter Lebenden eine wirksame Vereinbarung treffen[4]. Zur Wirksamkeit von Testamentsvollstreckungsanordnungen bei einzelkaufmännischen Unternehmen, Kapitalgesellschaften und Kommanditbeteiligungen s.u. Rz. 159 ff.

1 *Damrau*, ZEV 1996, 81, 84.
2 OLG Hamm v. 6.11.2000 – 15 W 188/00, ZEV 2001, 271.
3 Palandt/*Edenhofer*, § 2271 BGB Rz. 14.
4 *Bengel/Reimann*, II Rz. 15.

2. Die Ernennung

73 Der Erblasser kann testamentarisch den Testamentsvollstrecker selber ernennen, d.h. individuell bestimmen (es sollte zugleich immer mindestens ein Ersatztestamentsvollstrecker benannt werden, weil andernfalls u.U. davon ausgegangen werden könnte, dass die Testamentsvollstreckung insgesamt entfällt[1]).

Formulierungsvorschlag

Ich verfüge Testamentsvollstreckung. Zum Testamentsvollstrecker bestimmte ich meinen Onkel O, ersatzweise dessen Sohn S.

oder – ebenfalls testamentarisch – das Bestimmungsrecht Dritten überlassen, § 2198 Abs. 1 Satz 1 BGB:

Formulierungsvorschlag

Ich ordne Testamentsvollstreckung an. Die Bestimmung der Person erfolgt durch meinen Bruder A, ersatzweise, falls er wegfällt, durch meinen Miterben F, der auch sich selber ernennen kann, es sei denn, er wird durch Ausschlagung der anderen Erben Alleinerbe.

Soweit es um Mit- oder Nachfolgevollstrecker geht, kann der Erblasser auch dem Testamentsvollstrecker das Bestimmungsrecht überlassen, § 2199 BGB:

Formulierungsvorschlag

Mein Testamentsvollstrecker Willibald Gluck ist berechtigt, einen Mittestamentsvollstrecker zu ernennen.

Oder:

Ich bitte meinen Testamentsvollstrecker, bei Amtsantritt dem Nachlassgericht in beglaubigter Urkunde einen Nachfolger zu benennen.

Form der Bestimmungserklärung: Abgabe gegenüber dem örtlich zuständigen Nachlassgericht (letzter Wohnsitz des Erblassers) in öffentlich beglaubigter Erklärung, § 2198 Abs. 1 Satz 2 BGB. Die Kosten der Erklärung und Beglaubi-

1 Vgl. dazu *Horn*, ZEV 2007, 521.

gung trägt der Erklärende, er besitzt jedoch einen Regressanspruch gegen den Nachlass[1].

Schließlich kann der Erblasser das Bestimmungsrecht auch dem **Nachlassgericht** überlassen, § 2200 BGB (die Ernennung steht im pflichtgemäßen Ermessen des Nachlassgerichts)[2]:

Formulierungsvorschlag

Ich ersuche das Nachlassgericht, einen Testamentsvollstrecker zu ernennen.

Rechtsmittel gegen die Ernennung des Testamentsvollstreckers: sofortige Beschwerde. Beschwerdeberechtigt: Erbe, Nacherbe, Pflichtteilsberechtigter, Vermächtnisnehmer, Auflageberechtigter (§ 2194 BGB), Mitvollstrecker[3].

Dem gewöhnlichen Nachlassgläubiger steht kein Beschwerderecht gegen die ablehnende Entscheidung des Nachlassgerichts zu, einen Testamentsvollstrecker zu ernennen[4]. Ebenso wenig hat der Miterbe, dessen Erbanteil nicht von der Testamentsvollstreckung betroffen ist, ein Beschwerderecht gegen die Auswahl des Nachlassgerichts[5].

Was ist, wenn der Erblasser Testamentsvollstreckung anordnet und auch einen Testamentsvollstrecker ernennt, ggf. auch einen Ersatztestamentsvollstrecker, diese aber vorversterben oder aus sonstigen Gründen das Amt nicht übernehmen? Das wird in Rechtsprechung und Literatur sehr differenziert diskutiert[6]. Unstreitig setzt die Ernennung durch das Nachlassgericht ein Ersuchen durch den Erblasser voraus, welches auch stillschweigend oder versteckt erfolgen kann. Da ein Erblasser für die Anordnung der Testamentsvollstreckung in der Regel gute Gründe haben wird, sollte man bei Wegfall aller im Testament benannten Testamentsvollstrecker grundsätzlich von einem Ersuchen ausgehen und es nur bei Vorliegen klarer gegenteiliger Anhaltspunkte verneinen.

➲ **Beratungshinweis:** Zur Vermeidung von Zweifeln wird folgende Formulierung vorgeschlagen:

1 *Bengel/Reimann*, II Rz. 147.
2 BayObLG v. 30.10.2003 – 1 Z BR 80/03, OLGReport 2004, 111; Einzelheiten s. *Zimmermann*, ZEV 2007, 313.
3 *Gottwald*, ZEV 2007, 24, der sogar Nachlassgläubiger für beschwerdeberechtigt hält.
4 OLG Düsseldorf v. 31.10.2003 – I – 3 Wx 266/03, ZEV 2004, 67; *Möller*, Erbrecht effektiv 2004, 19.
5 OLG Hamm v. 22.1.2008 – 15 W 334/07, ZErb 2008, 239.
6 Staudinger/*Reimann*, § 2200 BGB Rz. 3 ff.

Formulierungsvorschlag

Sollte keiner der von mir ernannten Testamentsvollstrecker das Amt antreten, entfällt die Anordnung der Testamentsvollstreckung/*alternativ:* ersuche ich das Nachlassgericht um Ernennung.

3. Der Amtsbeginn

➲ **Beratungssituation:** T hat sich vertraglich gegenüber E verpflichtet, nach dem Tod des E das Testamentsvollstreckeramt zu übernehmen. E stirbt. T fühlt sich an die Vereinbarung nicht gebunden. Kann er von den Erben gezwungen werden?

74 Das Testamentsvollstreckeramt beginnt erst mit der (bedingungsfeindlichen und unwiderruflichen) Annahmeerklärung des Ernannten oder eines von ihm Bevollmächtigten gegenüber dem Nachlassgericht (teilweise wird eine Teilannahme des Amts für zulässig erklärt[1]). **Form:** privatschriftlich oder mündlich (dann allerdings Beurkundungspflicht). Auch die Beantragung des Testamentsvollstreckerzeugnisses bedeutet Annahme[2]. Die Erklärung ist von der Annahme der Erbschaft unabhängig. Kostenschuldner für die **Gebühren** sind die Erben. Der Ernannte muss das Amt nicht annehmen und kann es nach Annahme jederzeit kündigen, § 2226 BGB. Die Ablehnung ist unwiderruflich, nur über das Bestimmungsrecht eines Dritten oder des Nachlassgerichts kann dann doch noch im Rahmen eines neuen Verfahrens eine Einsetzung in das Amt erfolgen[3]. Ob eine Pflicht zur Übernahme des Amts per Vertrag mit dem Erblasser oder dem Erben begründet werden kann, ist streitig[4]. Richtigerweise wird man die Vereinbarung mit dem Erblasser wegen § 2302 BGB für unwirksam halten müssen (so auch im **Ausgangsfall**). Warum aber die Erben den Testamentsvollstrecker nicht sollen vertraglich binden können, ist nicht ersichtlich. Das (jederzeitige) Kündigungsrecht des Testamentsvollstreckers gemäß § 2226 BGB ist disponibel, zumal sich der Testamentsvollstrecker umgekehrt gegenüber den Erben durch Vereinbarung verpflichten kann, das Amt (ggf. zu einem bestimmten Zeitpunkt) niederzulegen[5]. **Frist** zur Erklärung der Annahme: Das Nachlassgericht kann dem Ernannten auf Antrag eines der Beteiligten eine Frist zur Erklärung der Annahme setzen. Wurde die Annahme nicht vorher erklärt, gilt das Amt mit Ablauf der Frist als abgelehnt, § 2202 Abs. 3 BGB.

1 Vgl. dazu *Grunsky/Hohmann*, ZEV 2005, 41.
2 *Bengel/Reimann*, II Rz. 233.
3 *Bengel/Reimann*, II Rz. 232.
4 Bejahend *Winkler*, Rz. 102; verneinend *Bengel/Reimann*, II Rz. 225; Palandt/*Edenhofer*, § 2202 BGB Rz. 2.
5 Staudinger/*Reimann*, § 2226 BGB Rz. 2.

Folgen der Annahme: Der Testamentsvollstrecker ist mit allen sich daraus ergebenden Konsequenzen zur Ausübung des Amts verpflichtet, unbeschadet der Kündigungsmöglichkeit gemäß § 2226 BGB.

VIII. Erbschein, Grundbuch, Handelsregister

1. Erbschein

75 Die Testamentsvollstreckung ist im Erbschein **von Amts wegen** zu vermerken, § 2364 Abs. 1 BGB, auch wenn der Testamentsvollstrecker noch nicht feststeht. Der Name des Testamentsvollstreckers wird im Erbschein nicht genannt, sondern nur im Testamentsvollstreckerzeugnis. Vermerkt wird auch die Nacherbentestamentsvollstreckung gemäß § 2222 BGB. Ist die Testamentsvollstreckung **aufschiebend bedingt**, erfolgt Eintragung erst mit Eintritt. Bei Beschränkung der Testamentsvollstreckung auf einen **Miterben** erscheint der entsprechende Vermerk in dessen Teilerbschein, im gemeinschaftlichen Erbschein ist zu bezeichnen, auf welchen Erbteil sich die Testamentsvollstreckung bezieht. Nacherbschaftstestamentsvollstreckung ist nicht in den Vorerbschaftserbschein einzutragen. Eine Eintragung in den Erbschein erfolgt auch nicht bei bloßer Aufsichtstestamentsvollstreckung. Hat der Testamentsvollstrecker die „normalen" gesetzlichen Befugnisse, trifft der Erbschein über deren Umfang keine spezielle Aussage. Anders bei **Beschränkungen**: Sind die Rechte des Testamentsvollstreckers in Bezug auf den gesamten Nachlass beschränkt, erfolgt kein Vermerk, wenn der Erbe keinerlei Verfügungsbefugnis besitzt. Anders bei gegenständlicher Beschränkung, die dem Erben partielle Verfügungsmacht belässt. Hier muss der Erbschein im Interesse des Rechtsverkehrs Klarheit schaffen[1]. Enthält ein Erbschein den notwendigen Vermerk nicht, ist er falsch und daher auf Antrag, aber auch von Amts wegen, einzuziehen bzw. für kraftlos zu erklären, § 2361 BGB. Dem Testamentsvollstrecker steht gegen den Inhaber eines falschen Erbscheins ein Herausgabeanspruch zu, §§ 2368 Abs. 3, 2364 Abs. 2 BGB, zwecks Überprüfung der Unrichtigkeit auch ein Auskunftsanspruch, §§ 2368 Abs. 3, 2362 Abs. 2 BGB. Hatte vor dem Antrag des Testamentsvollstreckers bereits ein Miterbe einen Erbschein beantragt, so haftet der Testamentsvollstrecker dennoch für die durch den Antrag des Miterben ausgelösten Gebühren[2].

2. Grundbuch

76 Unterliegt ein Grundstück der Testamentsvollstreckung, muss sie im Grundbuch vermerkt werden, § 52 GBO, auch wenn sich die Testamentsvollstreckung auf ein Grundstücksvermächtnis bezieht. Weder der Erblasser noch der Testamentsvollstrecker können hiervon Befreiung erteilen. **Wirkung:** Verbot der Eintragung von Verfügungen des Erben. **Ausnahme:** Der Testamentsvollstrecker stimmt zu.

---

1 *Bengel/Reimann*, II Rz. 2558.
2 LG München v. 24.9.2001 – 13 T 11 382/01, ZEV 2002, 197.

Der Testamentsvollstrecker weist sein Recht gegenüber dem Grundbuchamt mittels des Testamentsvollstreckerzeugnisses oder öffentlich beurkundeter letztwilliger Verfügung nebst Eröffnungsniederschrift nach, der Erbschein allein genügt nicht, § 35 GBO. Die Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks erfolgt nie isoliert, sondern nur gleichzeitig mit der allein vom Testamentsvollstrecker zu beantragenden Eintragung des Erben[1]. Eine namentliche Nennung des Testamentsvollstreckers findet nicht statt.

Wegen des Schenkungsverbots gemäß § 2205 Satz 3 BGB ist die **Entgeltlichkeit** von Amts wegen zu prüfen. Der Testamentsvollstrecker muss sie gegenüber dem Grundbuchamt durch Bekanntgabe der Beweggründe der Maßnahme mindestens in privatschriftlicher Form glaubhaft machen[2]. Das gilt zum Beispiel auch bei Eintragung einer Grundschuld oder Abtretung einer Eigentümergrundschuld[3]. Das Grundbuchamt darf sich bei der Beurteilung auf Erfahrungssätze stützen, etwa den der Entgeltlichkeit bei Veräußerung an Nichterben[4].

3. Handelsregister

77 Notwendigkeit und Zulässigkeit der Eintragung der Testamentsvollstreckung im Handelsregister sind immer noch umstritten[5]. Da das Handelsregister die wichtigsten Rechtsverhältnisse des Unternehmens transparent machen soll und die Testamentsvollstreckung zum Beispiel auch bei Kommanditgesellschaften Beschränkungen mit dinglicher Wirkung entfalten kann, ist im Interesse des Rechtsverkehrs die Pflicht zur Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks im Handelsregister zu fordern. Nach kolportierter Erfahrung bedeutet dies für die Registergerichte keine übermäßige Belastung[6].

IX. Das Testamentsvollstreckerzeugnis

➲ **Beratungssituation:** Der Testamentsvollstrecker fragt seinen Berater, ob der Vermieter des verstorbenen Erblassers die Vorlage eines Testamentsvollstreckerzeugnisses verlangen könne.

1. Legitimationsfunktion

78 Der Rechtsverkehr wünscht in der Regel einen Beweis für die Amtsinhaberschaft, für Grundbuch und Handelsregister ist er zwingend vorgeschrieben.

1 BayObLG v. 25.10.1995 – Z BR 114/95, FamRZ 1996, 381.
2 *Nieder*, Handbuch der Testamentsgestaltung, Rz. 932.
3 *Nieder*, Handbuch der Testamentsgestaltung, Rz. 932.
4 *Haegele/Winkler*, Rz. 255 (2. Aufl. 1998).
5 Vgl. dazu ausführlich *Planck*, Testamentsvollstreckung und Handelsregister, Aachen 1998; *Schaub*, ZEV 1994, 71 ff.
6 *Schaub*, ZEV 1994, 71 (78).

Der Testamentsvollstrecker kann sich wie folgt **legitimieren**:

- allgemein durch das Testamentsvollstreckerzeugnis gemäß § 2368 BGB,
- gegenüber **Grundbuchamt** und **Handelsregister** auch durch in öffentlicher Urkunde errichtetes, den Namen des Testamentsvollstreckers ausweisendes Testament nebst Eröffnungsniederschrift und Zeugnis des Nachlassgerichts über die Annahme des Amts

  oder durch Verweisung auf die Nachlassakten, wenn sich in ihnen das Testamentsvollstreckerzeugnis befindet und es sich um dasselbe Amtsgericht handelt[1], jedoch nicht, wenn die Annahmeerklärung nur privatschriftlich erfolgte[2].

Im allgemeinen Rechtsverkehr kann jeder die Vorlage des Testamentsvollstreckerzeugnisses verlangen, so auch in der **Beratungssituation**. Kommt es durch die Nichtvorlage verzögerungsbedingt zu einem Schaden für den Nachlass, erwächst daraus kein Schadenersatzanspruch gegen den, der die Vorlage begehrt hat[3].

Weist das Testamentsvollstreckerzeugnis aus, dass sich die Dauervollstreckung auch auf die zum Nachlass gehörenden Kommanditbeteiligungen erstreckt, so ist für den Nachweis der Erbfolge dennoch ein Erbschein erforderlich[4].

2. Was beweist das Testamentsvollstreckerzeugnis?

79 Wie der Erbschein, auf dessen Vorschriften § 2368 Abs. 3 BGB verweist, genießt das Testamentsvollstreckerzeugnis öffentlichen Glauben. Es dokumentiert erstens die Bestellung des Genannten zum Testamentsvollstrecker und zweitens, dass nur die aufgeführten Erweiterungen oder Beschränkungen der Befugnisse bestehen[5]. Ist ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt, so ist es allein maßgebend für die Befugnis des Testamentsvollstreckers zur Verfügung über ein Grundstück oder Grundstücksrecht oder generell für die sonstige Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers[6]. Das Zeugnis beweist nur die wirksame Ernennung, nicht den späteren Fortbestand des Amtes. Endet es, wird (im Gegensatz zum Erbschein) das Zeugnis automatisch kraftlos, der öffentliche Glaube ist beseitigt, gutgläubiger Erwerb nicht mehr möglich[7].

---

1 *Bengel/Reimann*, V, Rz. 26; *Winkler*, Rz. 96; für die Eigentumsumschreibung im Grundbuch genügt allerdings nicht die Vorlage des Testamentsvollstreckerzeugnisses, sondern es bedarf zudem des Nachweises der Erbfolge, KG, JW 1938, 122.
2 *Winkler*, Rz. 96.
3 BGH v. 27.2.1961 – II ZR 196/59, WM 1961, 479.
4 KG v. 30.5.2000 – 1 W 931/99, ZEV 2001, 72.
5 MüKo/*Promberger*, § 2368 BGB Rz. 2.
6 BayObLG v. 20.8.1998 – 2 Z BR 45/98, ZEV 1999, 67.
7 *Bengel/Reimann*, II Rz. 277.

3. Arten von Testamentsvollstreckerzeugnissen

80 Wurde ein Testamentsvollstrecker ernannt, erteilt das Nachlassgericht *ein* Testamentsvollstreckerzeugnis. Bei **mehreren Testamentsvollstreckern** ist möglich ein gemeinschaftliches Zeugnis, ein gemeinschaftliches Teilzeugnis oder ein Sonderzeugnis für jeden einzelnen Testamentsvollstrecker, in das die Beschränkung durch die Mitvollstreckung eingetragen ist. Wird der Erblasser nach ausländischem Recht beerbt, ist auf Antrag ein gegenständlich beschränktes sog. Eigenrechts-Testamentsvollstreckerzeugnis zu erteilen.

4. Inhalt des Testamentsvollstreckerzeugnisses

81 **Pflichtinhalt** ist: Name und Todestag des Erblassers, Namen aller Testamentsvollstrecker, alle Beschränkungen und Erweiterungen sowie alle Abweichungen von der gesetzlichen Verfügungsmacht. Die wichtigsten sind: Verwaltungs- oder Dauervollstreckung (incl. Angabe über die Dauer), Anbindung des Endes der Testamentsvollstreckung an ein Ereignis, Beschränkung auf die Überwachung des Erben, Klarstellung der Befugnisse mehrerer Testamentsvollstrecker, negative Teilungsanordnungen, gegenständliche Beschränkungen, Beschränkung auf einen Bruchteil des Nachlasses (Angabe der Miterben nötig), der besondere Aufgabenkreis bei Nacherbenvollstreckung und Vermächtnisvollstreckung. Die Testamentsvollstreckung für Vor- und Nacherbschaft bedarf eines einheitlichen Zeugnisses. Interne Verwaltungsanweisungen gehören nicht hinein[1]. Obwohl das Amt beendet ist, kann der Testamentsvollstrecker ein Zeugnis verlangen, das allerdings den Beendigungsvermerk tragen muss[2].

5. Erteilungsverfahren

82 **Checkliste** für die Erlangung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses:

- Erteilung nur auf **Antrag**
- **Antragsberechtigte:** Testamentsvollstrecker, Erbe[3], Nachlassgläubiger[4]
- **Inhalt** des Antrags:
  - Name und Todeszeitpunkt des Erblassers
  - Namen aller Testamentsvollstrecker
  - letztwillige Verfügung mit Testamentsvollstreckungsanordnung
  - Erklärung, dass keine weiteren letztwilligen Verfügungen vorhanden sind

1 Vgl. zum Vorstehenden *Bengel/Reimann*, II Rz. 294; insbesondere auch OLG Hamm v. 23.3.2004 – 15 W 75/04, ZEV 2004, 288.
2 KG v. 13.7.1964 – 1 W 1357/64, NJW 1964, 1905.
3 Str., *Winkler*, Rz. 687; a.A. *Bengel/Reimann*, II Rz. 281.
4 Palandt/*Edenhofer*, § 2368 BGB Rz. 5; *Bengel/Reimann*, II Rz. 281.

- Erklärung zu etwaigem Rechtsstreit über die Testamentsvollstreckerernennung, ggf. Wegfall konkurrierend ernannter Testamentsvollstrecker
- Annahme des Amts (falls nicht Testamentsvollstrecker selber Zeugnisantrag stellt)
- vollständige Angaben zu den Erweiterungen und Beschränkungen der gesetzlichen Rechte (vgl. o. Rz. 40 ff.)
- bei Fremdrechtszeugnis die ausländische Staatsangehörigkeit nebst allen Voraussetzungen des Erbstatuts[1]

Erteilung: Sie erfolgt nach Gewährung rechtlichen Gehörs (für testamentarische und gesetzliche Erben[2]) durch den Nachlassrichter, Vorbescheid ist zulässig[3].

Rechtsmittel: Gegen die Erteilung besteht kein Beschwerderecht, jedoch kann auf Herausgabe eines unrichtigen Zeugnisses geklagt werden, auch kann es das Nachlassgericht einziehen oder für kraftlos erklären. Diese Maßnahmen kann beantragen, wer durch das Zeugnis beeinträchtigt wird (gegen ablehnende Entscheidung Beschwerde, ebenso gegen die Ablehnung der Erteilung eines Zeugnisses)[4]. Ein Pflichtteilsberechtigter hat kein Beschwerderecht gegen den Vorbescheid über Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses[5].

Gebühren für Erteilung und Einziehung: Als Bemessungsgrundlage werden 10 % des Reinnachlasses zugrunde gelegt.[6]

X. Muss der Pflichtteilsberechtigte die Testamentsvollstreckung dulden?

➲ **Beratungssituation:** Der verwitwete Erblasser E hat seinen drei Söhnen A, B und C in seinem Testament folgende Erbquoten zugewandt: A ¾, B ⅙, C 1/12. Zum Testamentsvollstrecker bestimmte er Rechtsanwalt Dr. Bach. Nach dem Tod des E fragen die Söhne, ob sie die Testamentsvollstreckung hinnehmen müssen.

1. Grundmodelle (altes Recht)

Gegen die Anordnung einer Testamentsvollstreckung kann sich erfolgreich nur eine Gruppe wehren: die (gesetzlich oder letztwillig) als Erben berufenen Pflichtteilsberechtigten, § 2306 Abs. 1 BGB. Sie müssen die Testamentsvollstreckung unter keinen Umständen dulden. Aber für Erbfälle bis zum 83

1 MüKo/*Promberger*, 3. Aufl., § 2368 Rz. 22.
2 MüKo/*Promberger*, 3. Aufl., § 2368 Rz. 24.
3 *Winkler*, Rz. 689.
4 Vgl. dazu *Winkler*, Rz. 700.
5 OLG Celle v. 6.11.2003 – 6 W 10/03, OLGReport 2004, 127.
6 BayObLG v. 13.1.2004 – 1 Z BR 26/03, OLGReport 2004, 172.

31.12.2009 ist zu unterscheiden: War der hinterlassene Erbteil nicht größer als der halbe gesetzliche Erbteil, brauchten sie streng genommen nichts zu tun, denn es ist von Amts wegen die **Unwirksamkeit** der Testamentsvollstreckung über diesen Erbteil zu berücksichtigen, § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB. Im **Ausgangsfall** gilt das für die Erbteile von B und C. A, dem mehr als sein halber gesetzlicher Erbteil zugedacht wurde, hat die Wahl: Schlägt er aus, hat er sich der Testamentsvollstreckung entledigt, erhält aber nur den Pflichtteil, also ⅙ des Nachlassverkehrswerts, § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB. Schlägt er nicht aus, bleiben ihm ¾ des Nachlasses, allerdings auch die Beschwerung der Testamentsvollstreckung. Hier gilt es, mit dem Berater sorgfältig abzuwägen, denn im Einzelfall kann der geringere Empfang die attraktivere Lösung sein, insbesondere, wenn es sich um eine Verwaltungsvollstreckung handelt und Einvernehmen mit diesem Testamentsvollstrecker nicht zu erwarten ist.

84 Für die **Ausschlagung** gilt die Sechswochenfrist, die mit Kenntniserlangung von der Beschwerung und von der Tatsache, dass der hinterlassene Erbteil den halben gesetzlichen Erbteil übersteigt, beginnt[1]. Ob zusätzlich Klarheit über Anrechnungs- oder Ausgleichspflichten bestehen muss, ist umstritten[2].

➲ **Beratungssituation** (für altes Recht): Das Testament des Erblassers E entspricht dem in der vorigen Beratungssituation, nur war hinzugefügt: „Meine Erben haben die Wahl, ob sie den ihnen zugewandten, mit Testamentsvollstreckung belasteten Erbteil oder einen unbelasteten Erbteil in Höhe ihres Pflichtteils nehmen."

Die Zulässigkeit dieser (nicht von automatischer Unwirksamkeit der Beschwerung ausgehenden) Klausel, der sog. „cautela socini", wird zu Recht überwiegend abgelehnt, da sie, entgegen dem Schutzgedanken des § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB, denjenigen mit der Testamentsvollstreckung (oder einer sonstigen Beschwerung) belastet, der es versäumt hat, rechtzeitig auszuschlagen. Wem nicht mehr als der halbe gesetzliche Erbteil zugewandt wurde, soll sich nicht um die rechtzeitige Ausschlagung kümmern müssen[3]. Es bleibt daher auch in dieser Beratungsvariante bei der Unwirksamkeit der Testamentsvollstreckung für B und C.

2. Quotentheorie (altes Recht)

85 Wie erfolgt der Vergleich zwischen gesetzlicher und zugewandter Erbquote? Es kommt allein auf die **Nachlassquote**, nicht den Wert der Zuwendung an[4]. Ausnahme: Anrechnungs- und Ausgleichspflichten kommen zum Zuge[5]. Ein

1 Palandt/*Edenhofer*, § 2306 BGB Rz. 10.
2 Bejahend Palandt/*Edenhofer*, § 2306 BGB Rz. 10; verneinend BayObLG v. 6.3.1959 – BReg. 1 Z 184/58, BayObLGZ 1959, 77.
3 Staudinger/*Haas*, § 2306 BGB Rz. 47, 48; a.A. *Kanzleiter*, DNotZ 1974, 109.
4 BGH v. 19.2.1968 – III ZR 196/65, WM 1968, 543; *Bengel/Reimann*, II Rz. 25.
5 RG v. 25.4.1918 – IV 76/18, RGZ 93, 3; *Winkler*, Rz. 112 (Fn. 1); *Bengel/Reimann*, II Rz. 25; a.A. OLG Stuttgart v. 24.2.1959 – 5 U 115/58, NJW 1959, 1735, das auch hier auf die hinterlassene Quote abstellt.

dem Betreffenden außerdem zugedachtes Vermächtnis wird der Nachlassquote hinzugerechnet[1]. Der gesetzliche Erbteil richtet sich streng nach der gesetzlichen Erbfolge (im Zeitpunkt des Erbfalls), so dass sich also zum Beispiel der gesetzliche Erbteil bei Zugewinngemeinschaft um ein Viertel erhöht. Schlägt der überlebende Ehegatte, der in Zugewinngemeinschaft gelebt hat, aus, erhält er neben dem kleinen Pflichtteil den Zugewinnausgleich, § 1371 Abs. 2, 3 BGB.

3. Folgen der Unwirksamkeit (altes Recht)

86 Die Unwirksamkeit gilt nur für den Erben, in dessen Person die Voraussetzungen hierfür vorliegen, im Übrigen ist die Testamentsvollstreckung wirksam. Das Nachlassgericht hat die (Teil-)**Unwirksamkeit** bei Anträgen auf Erteilung eines Erbscheins oder Testamentsvollstreckerzeugnisses von Amts wegen zu berücksichtigen.

➲ **Beratungshinweis:** Handelt der Testamentsvollstrecker auch für den Erben, dessen Anteil der Testamentsvollstreckung nicht unterliegt, kann er auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Soweit er ohne Amt tätig wird, haftet er gemäß den §§ 677 ff. BGB[2].

4. Neues Recht

86a Seit dem 1.1.2010 kommt es auf die Größe des hinterlassenen Erbteils nicht mehr an. Die Belastung mit einer Testamentsvollstreckung berechtigt nach § 2306 Abs. 1 BGB stets zur Ausschlagung.

XI. Rechtsverhältnis zwischen Testamentsvollstrecker und Gerichten

1. Das Rechtsverhältnis zum Nachlassgericht

➲ **Beratungssituation:** Alleinerbe A berichtet, dass der Verwaltungstestamentsvollstrecker angekündigt habe, das Ferienappartement auf Mallorca zu verkaufen. A fragt, ob dies dem Testamentsvollstrecker per einstweiliger Anordnung des Nachlassgerichts untersagt werden könne.

87 Für das Verhältnis zwischen Testamentsvollstrecker und Nachlassgericht gelten folgende Grundsätze:

- Der Testamentsvollstrecker unterliegt selbst dann nicht der **Aufsicht** des Nachlassgerichts, wenn es der Erblasser angeordnet haben sollte. Eine entsprechende Verfügung wäre unwirksam, die Ernennung als solche bliebe aber bestehen.
- Die Testamentsvollstreckung kann auch nicht Weisungen des Nachlassgerichts unterstellt oder von seinen Genehmigungen abhängig gemacht wer-

1 OLG Neustadt v. 28.6.1957 – 3 W 56/57, NJW 1957, 1523.
2 RGRK/*Kregel*, § 2306 BGB Rz. 14.

den[1], ebenso wenig stehen ihm Beugemittel gegen den Testamentsvollstrecker zur Erfüllung seiner Pflichten gegenüber dem Erben zur Verfügung[2].

- Das Nachlassgericht ist unzuständig für Streitigkeiten zwischen Testamentsvollstrecker und Erbe, auch für einstweilige Anordnungen, welche die Amtsführung betreffen (**Beratungssituation**)[3], Gleiches gilt für das Beschwerdegericht[4].
- Das Nachlassgericht ernennt auf entsprechendes Ersuchen den Testamentsvollstrecker (§ 2200 BGB) und nimmt die vom Erblasser vorgesehene Ernennung durch einen Dritten entgegen, zudem ist es für die Entgegennahme von Annahme und Ablehnung des Amts zuständig.
- Außerdem erteilt es das Testamentsvollstreckerzeugnis und vermerkt die Testamentsvollstreckung im Erbschein.
- Kündigt der Testamentsvollstrecker sein Amt, erfolgt dies gegenüber dem Nachlassgericht, § 2226 BGB.
- Trotz Testamentsvollstreckung bleibt das Nachlassgericht berechtigt, zur Sicherung des Nachlasses einen Pfleger zu bestellen, §§ 1913, 1960 BGB. Der Testamentsvollstrecker ist hiergegen beschwerdeberechtigt[5].
- Würde eine Anordnung des Erblassers den Nachlass erheblich gefährden, kann sie vom Nachlassgericht auf Antrag des Testamentsvollstreckers außer Kraft gesetzt werden, § 2216 Abs. 2 Satz 2 BGB.
- Eine weitere Entscheidungskompetenz des Nachlassgerichts besteht bei Meinungsverschiedenheiten zwischen mehreren Testamentsvollstreckern, § 2224 BGB.
- Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes wird der Testamentsvollstrecker auf Antrag durch das Nachlassgericht entlassen, § 2227 BGB. Hier ergibt sich zumindest mittelbar eine Möglichkeit des Nachlassgerichts zur Einflussnahme auf die Amtsführung.

2. Das Rechtsverhältnis zum Prozessgericht

88 Der Erbe (auch jeder Miterbe einzeln) kann den Testamentsvollstrecker beim Prozessgericht auf Erfüllung der sich aus dem Amt ergebenden Pflichten verklagen[6]. Das schließt einstweiligen Rechtsschutz ein, so dass im **Ausgangsfall** eine Unterlassungsverfügung ergehen könnte, wenn es sich um eine irreparable und unsinnige Maßnahme handeln würde[7]. Die Zuständigkeit des Prozessgerichts endet jedoch dort, wo die Entlassung des Testamentsvollstreckers infrage steht. Der BGH stellt darauf ab, ob die angegriffenen Maßnah-

1 Staudinger/*Reimann*, Rz. 21 Vor §§ 2197 ff. BGB.
2 OLG Zweibrücken v. 31.10.2003 – 3 W 147/03, OLGReport 2004, 130.
3 OLG Köln v. 8.10.1986 – 2 W X 57/86, OLGZ 1987, 280.
4 Palandt/*Edenhofer*, Rz. 4 Vor § 2197 BGB.
5 Staudinger/*Reimann*, Rz. 36 Vor §§ 2197 ff. BGB.
6 BGH v. 2.10.1957 – IV ZR 217/57, BGHZ 25, 275 (283).
7 Vgl. dazu OLG Köln v. 8.10.1986 – 2 W X 57/86, OLGZ 1987, 280.

men zur Entlassung führen könnten. Falls ja, wäre ausschließlich das Nachlassgericht zuständig[1]. Das ist jedoch zu unscharf. Die Zuständigkeit des Prozessgerichts wird man nur dann zu verneinen haben, wenn das Begehren ausdrücklich auf Entlassung gerichtet ist.

XII. Aufgaben des Testamentsvollstreckers

1. Allgemeine Umschreibung und Beurteilungsmaßstab für das Handeln des Testamentsvollstreckers

89 Im Wesentlichen hat der Testamentsvollstrecker **folgende Aufgaben**: Sogleich nach Amtsübernahme muss er den gesamten Nachlass mit allen Aktiva und Passiva in einem Verzeichnis, welches er dem Erben zuzuleiten hat, erfassen und sich den Besitz an allen Nachlassgegenständen verschaffen. Ziel seiner Tätigkeit ist, wenn es sich nicht um eine Verwaltungsvollstreckung handelt, die möglichst baldige Aushändigung des Nachlasses an den Erben. Bei mehreren Erben stellt er einen Auseinandersetzungsplan auf und nimmt die Verteilung vor. Sind auf dem Wege zu diesen Zielen Verwaltungsmaßnahmen zu treffen, ist der Testamentsvollstrecker zu sachgerechten Verpflichtungen und Verfügungen und auch zur Prozessführung berechtigt, zu Schenkungen im Grundsatz nicht. Nachlassschulden hat er zu tilgen, Pflichtteilsansprüche, Vermächtnisse und Auflagen zu erfüllen. Dem Erben schuldet er auf Verlangen Auskunft und am Ende Rechnungslegung[2].

90 Der Testamentsvollstrecker nimmt fremde Vermögensinteressen wahr. Er steht daher in einer besonderen Verantwortung und häufig auch in der Kritik. Jedoch bedingt der Umgang mit Vermögen ganz naturgemäß Meinungsunterschiede. Bei der Beurteilung des Testamentsvollstreckerhandelns muss daher die Kirche im Dorf bleiben. Der Erblasser hat den Testamentsvollstrecker aus gutem Grund eingesetzt und ihm vertraut, damit zugleich einen an der Vernunft orientierten Spielraum eingeräumt, und dieser kann gelegentlich weit sein. Mäkeleien der (oft gekränkten, weil entmachteten) Erben sollten die Gerichte daher nur dann Geltung verschaffen, wenn sie wirklich substanziell sind, andernfalls würde die in der Regel so segensreiche Institution der Testamentsvollstreckung ihres Sinns entleert.

2. Was der Testamentsvollstrecker nicht kann

91 Dreierlei vermag der Testamentsvollstrecker nicht bzw. nicht allein:

– Das **Anfechtungsrecht** gemäß §§ 2078 ff., 2281 ff. BGB ist allein Sache des Erben, es sei denn, es betrifft Verfügungen, die die Rechte des Testamentsvollstreckers beschränken oder aufheben[3].

1 BGH v. 2.10.1957 – IV ZR 217/57, BGHZ 25, 275 (283).
2 Zur Beschwer bei Streit über die Befugnisse eines Testamentsvollstreckers vgl. BGH v. 17.12.2003 – IV ZR 28/03, ZEV 2004, 290.
3 BGH v. 21.3.1962 – V ZR 157/61, NJW 1962, 1058.

– Für die **Einrede der Anfechtbarkeit** gemäß § 2083 BGB bedarf der Testamentsvollstrecker der Zustimmung des Erben.

– Der Testamentsvollstrecker kann die Erbschaft weder **annehmen** noch **ausschlagen**, noch kann er auf das Erbrecht **verzichten**.

3. Inbesitznahme und Konstituierung des Nachlasses

a) Inbesitznahme

➲ **Beratungssituation:** Der Erbe verweigert dem Testamentsvollstrecker die Besitzverschaffung am Nachlass. Der Testamentsvollstrecker kennt nicht einmal dessen genauen Bestand. Was kann er tun?

92 Die Inbesitznahme ist Recht und Pflicht des Testamentsvollstreckers (Grenze: § 2217 BGB) und hat unverzüglich zu erfolgen. Besitz heißt unmittelbarer Besitz, der Erbe ist mittelbarer Besitzer. Die Inbesitznahme bedeutet zugleich Trennung von Nachlass- und „Privat"vermögen des Erben. Weigert er sich, kann der Testamentsvollstrecker auf Besitzverschaffung klagen (Prozessgericht), was ggf. zugleich einen Anspruch auf Auskunfterteilung über den Nachlass beinhaltet[1].

b) Nachlassverzeichnis

➲ **Beratungssituation:** Der Testamentsvollstrecker fragt seinen Berater, wie ein Nachlassverzeichnis auszusehen habe, insbesondere, ob es darin der Wertangaben bedürfe und auf welchen Zeitpunkt es zu errichten sei.

93 Folgendes muss der Testamentsvollstrecker hierzu auf jeden Fall wissen und beachten:

– **Zeitpunkt** der Errichtung: unverzüglich (§ 2215 BGB) und ohne Aufforderung des Erben

– **Stichtag** des Vermögensbestandes: Amtsübernahme, nicht Tod des Erblassers, denn zwischen Tod und Amtsübernahme können sich für den Testamentsvollstecker schwer durchschaubare Änderungen ergeben haben. Soweit er sie jedoch kennt, sollte er sie im Verzeichnis vermerken[2].

– **Form:** Schriftform (§ 2215 Abs. 2 BGB: Unterzeichnungspflicht); öffentliche Beglaubigung der Unterzeichnung auf Verlangen des Erben (§ 2215 Abs. 2 Satz 2 BGB); öffentliche Aufnahme des Verzeichnisses auf Verlangen des Erben oder des Testamentsvollstreckers (§ 2215 Abs. 4 BGB).

– **Inhalt:** Vollständige Erfassung aller Aktiva und Passiva, soweit der Nachlass der Testamentsvollstreckung unterliegt[3]. Sorgfältige Prüfung, ob eine

1 Soergel/*Damrau*, § 2205 BGB Rz. 12.
2 So auch *Bengel/Reimann/Klumpp*, III Rz. 18.
3 Prozessgebühren des Testamentsvollstreckers für die Vertretung der Erben in einem die Erbschaftsteuer betreffenden Einspruch- oder Klageverfahren sind nicht als Nachlassverbindlichkeiten abziehbar, FG Berlin v. 19.7.2005 – 5 K 5016/04, ZErb 2007, 28.

Schenkung bereits lebzeitig vollzogen wurde oder ob ein Schenkungsversprechen von Todes wegen (§ 2301 BGB) oder eine Schenkung als Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall vorliegt[1].

- **Ermittlungsmethode:** Ausschöpfung aller Erkenntnismöglichkeiten, Sichtung aller Unterlagen, Befragung sämtlicher in Betracht kommenden Beteiligten, vor allem des Erben (der Einsicht und Auskunft erteilen muss, einklagbarer Anspruch!), Grundbuch- und Handelsregistereinsicht, bei Betriebsvermögen Auswertung der Handelsbilanz.
- **Wertangaben:** Im Grundsatz keine Verpflichtung, dennoch sehr empfehlenswert (Gründe: 1. Anhaltspunkt für Gerichtsgebühren, 2. Anpassung an das Inventarverzeichnis des Erben). Werden Pflichtteilsansprüche geltend gemacht, muss der Testamentsvollstrecker dem Erben auf Verlangen Wertangaben liefern[2].
- **Hilfe bei der Inventarerrichtung:** Das vom Erben zwecks Haftungsbeschränkung zu errichtende Inventarverzeichnis und das Nachlassverzeichnis des Testamentsvollstreckers sind rechtlich zweierlei, zumal Letzteres oft nicht den gesamten Nachlass umfasst. Der Testamentsvollstrecker muss dem Erben bei der Inventaraufnahme Hilfe leisten, § 2215 Abs. 1 a.E. BGB.
- **Zweck des Nachlassverzeichnisses:** Grundlage für eine ordnungsgemäße Abwicklung des Nachlasses. Es besteht Richtigkeitsvermutung mit der Möglichkeit des Gegenbeweises. Wird der Testamentsvollstrecker vom Erben in Haftung genommen, kann ihm das Verzeichnis als Entlastung dienen.
- **Eidesstattliche Versicherung:** Besteht ein Anhaltspunkt, dass das vom Testamentsvollstrecker erstellte Verzeichnis nicht richtig ist, kann der Erbe eine eidesstattliche Versicherung verlangen, §§ 2218 Abs. 1, 666, 260, 261 BGB.
- **Befreiungsmöglichkeit:** Nur der Erbe kann den Testamentsvollstrecker von der Errichtung des Verzeichnisses befreien, der Erblasser kann es nicht, §§ 2220, 2215 BGB.
- **Anspruchsberechtigte:** Die Erstellung des Nachlassverzeichnisses durch den Testamentsvollstrecker können verlangen: Erbe, Miterbe, Nacherbe bei Eintritt des Nacherbfalls, Pfändungsgläubiger des Erbteils, Nießbrauchsberechtigter an Erbschaft oder Erbteil. Nicht berechtigt sind normale Nachlassgläubiger, Pflichtteilsberechtigte und Vermächtnisnehmer (Ausnahme: Die Nichterstellung würde zur Unmöglichkeit der Vermächtniserfüllung führen, mit der Folge eines direkten Schadenersatzanspruchs des Vermächtnisnehmers gegen den Testamentsvollstrecker[3].)
- **Kosten der Errichtung:** Trägt der Nachlass, § 2215 Abs. 5 BGB.

---

1 Näheres s. dazu bei *Bengel/Reimann/Klumpp*, III Rz. 10 ff.
2 Staudinger/*Reimann*, § 2215 BGB Rz. 13.
3 Staudinger/*Reimann*, § 2215 BGB Rz. 17.

4. Die Pflicht zur Verwaltung

a) Einführende Beratungshinweise

94 Die **Pflicht zur Verwaltung** gehört zu den Kernstücken der Arbeit des Testamentsvollstreckers. Sowohl Laien als auch Juristen handeln fahrlässig, wenn sie sich als Testamentsvollstrecker nicht über die mit diesem Amt verbundenen Rechte und Pflichten kundig machen. Die Erfahrung lehrt jedoch, dass dies viel zu selten geschieht. Die Tatsache, dass der Erblasser seinen „lieben Neffen", einen intelligenten Handwerksmeister, zum Testamentsvollstrecker eingesetzt hat, enthebt diesen trotz aller familiären Nähe nicht seiner Verpflichtung, sich die erforderlichen Kenntnisse zu beschaffen und den Nachlass ordnungsgemäß zu verwalten bzw. abzuwickeln. Die Anforderungen dürfen nicht unterschätzt werden. Das Recht der Testamentsvollstreckung ist kompliziert, und nicht nur für „böse" Erben stellt sich schnell die Frage der Testamentsvollstreckerhaftung.

In einer inhaltlich und systematisch nicht gerade geglückten Gesetzeslage sollen die folgenden Ausführungen bei der Orientierung helfen. Die Vorschriften zur Verwaltung liegen nicht nur verstreut (§§ 2203, 2205, 2206, 2207, 2208, 2209, 2210, 2211, 2216 BGB), sondern sie beinhalten auch Wiederholungen (§§ 2205 Satz 1, 2216 Abs. 1 BGB), zudem nur sehr unscharfe Aussagen zu den die Verwaltung betreffenden Rechten und Pflichten. Im **Kern** gilt Folgendes: Der Testamentsvollstrecker darf die Dinge nicht passiv schleifen lassen, sondern er muss den Nachlass aktiv verwalten, § 2205 Satz 1 BGB. Diese Pflicht hat er zudem nach den Grundsätzen **ordnungsmäßiger** Verwaltung zu erfüllen, § 2216 Abs. 1 BGB. Damit dies gelingen kann, räumt ihm der Gesetzgeber bestimmte Befugnisse ein:

1. Inbesitznahme (s.o. Rz. 92),
2. Verfügungsrecht (§ 2205 Satz 1 BGB),
3. Verpflichtungsrecht (§§ 2206 Abs. 1, 2207 BGB),
4. Prozessführungsrecht (§§ 2212, 2213 BGB).

b) Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung

➲ **Beratungssituation:** Der Testamentsvollstrecker, der oben bereits zitierte Handwerksmeister, berichtet seinem Berater, er werde vom Erben auf Schadenersatz in Anspruch genommen, weil er nicht Papiere verkauft habe, um das Bezugsrecht für junge Aktien ausüben zu können. Von Aktien verstehe er jedoch, wie der Erblasser auch gewusst habe, nichts. Schadenersatzpflicht?

aa) Objektiver Maßstab

Im Gegensatz zur Reichsgerichtsrechtsprechung[1] gilt heute ein **objektiver Maßstab**[2]. Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung im Sinne von § 2216 BGB knüpft daran an, welches Handeln gemäß dem Grundsatz der **Wirtschaftlichkeit** vernünftig ist[3], mangelnde fachliche Kompetenz exkulpiert den Testamentsvollstrecker nicht, ebenso wenig kann er sich darauf berufen, „für seine Verhältnisse" akzeptable Ergebnisse geliefert zu haben[4]. Die Inanspruchnahme des Testamentsvollstreckers mag unbillig erscheinen, wenn der Erblasser von dessen ungenügender Qualifikation wusste. Aus Gründen der Generalprävention ist jedoch an dem objektiven Maßstab festzuhalten. Der Testamentsvollstrecker muss sich ggf. beraten lassen, außerdem mögen die Erblasser bei der Ernennung von Testamentsvollstreckern in Zukunft generell wählerischer sein. Dieser objektive Maßstab ist zudem **streng**[5]. Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit sind geschuldet, und zwar gegenüber Erbe und Vermächtnisnehmer. Der Erblasser kann von diesem Sorgfaltsmaßstab weder **Befreiung** erteilen, noch ihn modifizieren[6]. **Ziele der Verwaltung** sind: Sicherung und Erhaltung des Vermögens, Verhinderung von Verlusten und Gewährleistung von Nutzungen. Auch nach Gewinnerzielung hat der Testamentsvollstrecker zu trachten, wobei fraglich ist, ob eine Pflicht zur **Vermögensmehrung** besteht[7]. Mit einem mäßigen Erfolg darf sich der Testamentsvollstrecker jedoch nicht begnügen[8]. 95

bb) Vorgaben des Erblassers

➲ **Beratungssituation:** Der Erblasser hat testamentarisch verfügt, dass der Testamentsvollstrecker die Ferienwohnung nur an ein Geschwister des Erblassers veräußern dürfe. Nun bietet ein Dritter einen viel höheren Kaufpreis. Darf der Testamentsvollstrecker an ihn veräußern?

Er darf es nicht, weil der Testamentsvollstrecker gemäß § 2216 Abs. 2 Satz 1 BGB an Verwaltungsanordnungen des Erblassers gebunden ist. Auch sie bilden als verbindliche Richtlinien einen objektiven Maßstab[9], sogar mit dinglich wirkender Beschränkung der Verfügungsbefugnis[10]. Entgegenstehender 96

1 RG v. 3.2.1910 – IV 166/09, RGZ 73, 26, 29.
2 Zahlreiche wertvolle Hinweise hierzu finden sich bei *Tolksdorf*, ErbStB 2008, 54 ff., 86 ff., 118 ff. u. 144 ff.
3 BGH v. 7.11.1966 – III ZR 48/66, WM 1967, 25, 27; BayObLG v. 10.1.1997 – 1 Z BR 65/95, FamRZ 1997, 905; Erman/*Schmidt*, § 2216 BGB Rz. 2.
4 *Bengel/Reimann/Schaub*, IV Rz. 22.
5 BGH v. 10.6.1959 – V ZR 25/58, NJW 1959, 1820; BGH v. 7.11.1966 – III ZR 48/66, NJW 1967, 443; BGH, v. 3.12.1986 – IVa ZR 90/85, NJW 1987, 1070; BayObLG v. 18.12.1997 – 1 Z BR 97/97, ZEV 1998, 348; Palandt/*Edenhofer*, § 2216 BGB Rz. 2.
6 Erman/*Schmidt*, § 2216 BGB Rz. 1.
7 Zurückhaltend *Bengel/Reimann/Schaub*, IV Rz. 23 ff.
8 Palandt/*Edenhofer*, § 2216 BGB Rz. 2.
9 BayObLG v. 11.4.1995 – 1 Z BR 86/94, ZEV 1995, 366, 368.
10 BGH v. 9.5.1984 – IVa ZR 234/82, NJW 1984, 2464; MüKo/*Zimmermann* § 2205 BGB Rz. 81; *Bengel/Reimann*, IV Rz. 32.

Wille oder abweichende Weisungen der Erben sind unbeachtlich[1]. Der Testamentsvollstrecker muss die Erben vor irgendwelchen Maßnahmen im Grundsatz auch nicht fragen[2]. Einvernehmlich können sich Testamentsvollstrecker und Erben allerdings über den Erblasser hinwegsetzen[3].

➲ **Beratungshinweis:** Sucht der Testamentsvollstrecker Wege, sich – aus welchen Gründen auch immer – einer Verwaltungsvorgabe des Erblassers zu entziehen, so ist dies möglich, wenn sie sich als bloßer Wunsch oder Bitte interpretieren lässt, das heißt, wenn der Text der letztwilligen Verfügung den Schluss erlaubt, dass die Entscheidung über die Befolgung der Vorgabe letztlich dem Testamentsvollstrecker überlassen bleiben sollte[4].

cc) Ermessen des Testamentsvollstreckers

97 Der in den beiden vorigen Abschnitten dargestellte objektive Maßstab darf aber nicht vernachlässigen, dass der Testamentsvollstrecker eine **individuelle Persönlichkeit** mit konkretem Charakter, Wissen und Talent ist. Um alles dies zur Geltung bringen zu können, besitzt er einen durchaus nicht engen **Ermessensspielraum**[5]. Der Testamentsvollstrecker trägt die Verantwortung, nicht der Erbe, weshalb Letzterer auch die Entscheidungen des Testamentsvollstreckers in den genannten Grenzen akzeptieren muss. So hat es der Erblasser ja auch gewollt.

➲ **Beratungshinweis:** Wer den Spielraum des Testamentsvollstreckers ausdehnen will, muss die von ihm getätigten oder beabsichtigten Maßnahmen möglichst als solche reiner Zweckmäßigkeit deuten, da die Erben insoweit kein Recht zum Eingreifen besitzen[6].

dd) Außerkraftsetzung von Verwaltungsanordnungen

➲ **Beratungssituation:** Erblasser E hat letztwillig verfügt, dass der Testamentsvollstrecker das Mietshaus nicht veräußern dürfe. Die Mieterträge sollen der Versorgung des körperbehinderten Kindes des E dienen. Nun wird jedoch unmittelbar neben dem Haus eine mit erheblichen Lärmbelästigungen verbundene Industrieanlage gebaut. Folge: Die Mieter kündigen und neue Mietverträge sind nur mit erheblich niedrigerem Mietzins abzuschließen. Der Testamentsvollstrecker hält einen Verkauf der Immobilie wirtschaftlich für unumgänglich und will wissen, ob und wie ein Dispens vom Veräußerungsverbot erteilt werden kann, da ein Teil der Erben dem Verkauf nicht zustimmt.

---

1 RG v. 17.10.1910 – V 601/09, RGZ 74, 215.
2 Soergel/*Damrau*, § 2216 BGB Rz. 4.
3 Palandt/*Edenhofer*, § 2216 BGB Rz. 4.
4 BGH v. 14.12.1994 – IV ZR 184/93, FamRZ 1995, 478; Staudinger/*Reimann*, § 2216 BGB Rz. 7.
5 Staudinger/*Reimann*, § 2216 BGB Rz. 8 ff.
6 Palandt/*Edenhofer*, § 2216 BGB Rz. 2.

Da sich die Verhältnisse nach dem Tod des Erblassers häufig ändern, können 98
Erbe, Testamentsvollstrecker oder Vermächtnisnehmer beim Nachlassgericht einen Antrag auf **Außerkraftsetzung einer Verwaltungsanordnung** des Erblassers stellen, wenn die Befolgung letzterer den Nachlass, das heißt seine Substanz, erheblich gefährden würde, § 2216 Abs. 2 Satz 2 BGB. Gleiches gilt bei wirtschaftlicher Gefährdung einer nachlassbeteiligten Person, insbesondere derjenigen, die der Erblasser gerade schützen wollte[1]. Lästigkeit oder Unzweckmäßigkeit der Anordnung genügt nicht[2].

Das Gericht entscheidet nur auf Antrag, der auch noch möglich ist, nachdem der Testamentsvollstrecker gegen die Anordnung verstoßen hat (Zweck: Beseitigung der Haftung). Das Gericht hebt die entsprechende Anordnung ganz oder teilweise auf, schränkt sie ein oder versieht sie mit einer Bedingung, nicht dagegen darf es die Anordnung durch eine neue ersetzen[3]. Der Antrag ist in jedem Fall unbegründet, wenn er die Testamentsvollstreckung als solche, also deren Dauer und Umfang oder die Zahl der Testamentsvollstrecker betrifft[4].

➲ **Beratungshinweis:** Da das Nachlassgericht primär den Erblasserwillen zu respektieren hat, ist auf die Antragsbegründung hohe Sorgfalt zu verwenden. Ggf. empfiehlt sich daher die Beifügung von Sachverständigengutachten, so auch im **Ausgangsfall**, in dem ein entsprechender Antrag zum Erfolg führen dürfte.

ee) Anlagepolitik

➲ **Beratungssituation:** Der Testamentsvollstrecker wird vom Erben auf Schadenersatz in Anspruch genommen. Vorwurf: Das Bargeld habe jener auf einem Sparbuch mit gesetzlicher Kündigungsfrist zum Eckzinssatz von 2 % langfristig angelegt, obwohl bei derselben Bank und gleicher Sicherheit mit Schuldverschreibungen und Termingeldanlage ein deutlich höherer Ertrag hätte erzielt werden können. Zudem habe er im Sinken befindliche Wertpapiere gekauft und ein Jahr später mit Verlust verkauft. Ist der Testamentsvollstrecker schadenersatzpflichtig?

Die Verwaltung des Vermögens stellt eines der Hauptprobleme in der Bezie- 99
hung zwischen Erbe und Testamentsvollstrecker dar. Häufig resultieren hieraus Schadenersatzforderungen gegen letzteren. Ihre Beurteilung ist an folgen-

1 Soergel/*Damrau*, § 2216 BGB Rz. 12.
2 *Bengel/Reimann*/Schaub, IV Rz. 41.
3 Soergel/*Damrau*, § 2216 BGB Rz. 11; solche Außerkraftsetzungen sind selten Gegenstand von Gerichtsverfahren, so hat z.B. einmal das LG Bonn ein vom Erblasser angeordnetes befristetes Verfügungsverbot (hier: eine Grundschuldbestellung) außer Kraft gesetzt, LG Bonn v. 19.2.2002 – 4 T 54/02, RNotZ 2002, 234, zitiert auch in ZEV 2004, 171. Einzelheiten zum Verfahren s. bei *Zimmermann*, Die Testamentsvollstreckung, Rz. 387 ff.
4 *Bengel/Reimann/Schaub*, IV Rz. 38; *Winkler*, Rz. 676.

den, von Rechtsprechung und Literatur entwickelten **Grundsätzen** zu messen[1]:

- Der Testamentsvollstrecker ist gehalten, das Vermögen verantwortungsbewusst und gewissenhaft zu verwalten, das heißt, auch für Nutzung und Mehrung zu sorgen[2], wogegen der Testamentsvollstrecker im **Ausgangsfall** bei der Bargeldanlage verstoßen hat.
- Er steht nicht einem Vormund gleich, ist also zu mündelsicherer Anlage nur ausnahmsweise verpflichtet[3].
- Die Rolle des Testamentsvollstreckers ist der eines mit Ermessen ausgestatteten, umsichtigen, soliden, aber dynamischen Unternehmers ähnlich. Die äußerste Grenze des Ermessens ist durch das Schenkungsverbot gezogen.
- Vermögensverwaltung heißt nicht nur Fehlervermeidung.
- Der Testamentsvollstrecker ist Entscheidungsträger, nicht bloßer Berater.
- Der vorsichtigste oder sicherste Weg ist nicht um jeden Preis der richtige[4].
- Wirtschaftliche Vermögensverwaltung schließt kalkulierte Risiken, also auch Spekulationen, ein. Grenze: Das gesamte oder nahezu gesamte Vermögen wird solchen Spekulationen ausgesetzt[5].
- Die Streuung bei einer Kapitalanlage kann eine sinnvolle Vorsichtsmaßnahme sein[6].
- Ein Verlust bedeutet nicht unbedingt Pflichtverletzung. Sie liegt nur vor, wenn das Handeln des Testamentsvollstreckers eindeutig wirtschaftlicher Vernunft entbehrt.
- Gleiches gilt für den Kauf von im Sinken befindlichen Aktien, er kann im Gegenteil sogar sinnvoll sein[7], s. **Ausgangsfall**.
- Die Anlagepolitik richtet sich vor allem nach Umfang und Struktur des Vermögens, so dass bei hohem liquiden Vermögen eine maßvolle Risikoanlage sogar gefordert sein kann[8].

---

1 Vgl. dazu die ausführliche Darstellung von *Klumpp*, ZEV 1994, 66 ff.; grundlegend BGH v. 3.12.1986 – IVa ZR 90/85, NJW 1987, 1070; s.a. *Möhring/Beisswingert/Klingelhöffer*, Vermögensverwaltung in Vormundschafts- und Nachlasssachen, 7. Aufl., 1992; *A. Schmitz* orientiert die Verwaltungsgrundsätze an dem US-amerikanischen Rechtsinstitut des Testamentary Trust und der Prudent Investor Rule, die 1992 vom „American Law Institut" veröffentlicht worden ist, vgl. ZErb 2003, 3.

2 BGH v. 3.12.1986 – IVa ZR 90/85, NJW 1987, 1070.

3 BGH v. 3.12.1986 – IVa ZR 90/85, NJW 1987, 1070; *Klumpp*, ZEV 1994, 66 ff.

4 *Klumpp*, ZEV 1994, 66 ff.; die vom BGH v. 3.12.1986 – IVa ZR 90/85, NJW 1987, 1070 vertretene Meinung, Rechtsanwälte oder sonstige Berater dürften den sichersten Weg nicht verlassen, kann jedenfalls dann nicht gelten, wenn sie Testamentsvollstrecker sind.

5 BGH v. 3.12.1986 – IVa ZR 90/85, NJW 1987, 1070.

6 BGH v. 3.12.1986 – IVa ZR 90/85, NJW 1987, 1070.

7 BGH v. 3.12.1986 – IVa ZR 90/85, NJW 1987, 1070.

8 *Klumpp*, ZEV 1994, 66 ff.

– Der Testamentsvollstrecker muss sich über den Risikograd der verschiedenen Anlageprodukte kundig machen. Hierzu haben sich allgemeine Beurteilungsmaßstäbe herausgebildet, zum Beispiel zu Zinsanlagen, Aktien, Investmentfonds, Immobilien, Rohstoffen, Warentermingeschäften, Kunst- und Antiquitäten[1]. Es entscheidet aber immer der Einzelfall.
– Beim Verschulden kommt es immer auf die ex ante-Betrachtung an, nachträglich gewonnene Erkenntnisse bleiben unberücksichtigt.

➲ **Beratungshinweis:** Dem Testamentsvollstrecker ist dringend zu empfehlen, die Erben in die Anlagepolitik einzubeziehen, wenigstens dann, wenn sichere Wege verlassen werden. Das fördert das Einvernehmen und senkt die Gefahr der Haftung.

c) Verpflichtungsbefugnis

➲ **Beratungssituation:** Der Abwicklungstestamentsvollstrecker möchte eine (objektiv sinnvolle) Dachsanierung durchführen und fragt seinen Berater, ob er einen entsprechenden Auftrag erteilen dürfe und ggf. die Zustimmung des Erben einholen müsse.

Der Testamentsvollstrecker darf und muss, wenn es die ordnungsmäßige Verwaltung erfordert, Verbindlichkeiten eingehen, § 2206 Abs. 1 BGB, und zwar ohne Zustimmung des Erben. Zum Begriff der Ordnungsmäßigkeit s. Rz. 94 ff. Hält sich der Testamentsvollstrecker in deren Rahmen, wird der Nachlass, und nur dieser, verpflichtet. Geht der Testamentsvollstrecker über diesen Rahmen hinaus, ist die Verpflichtung dennoch wirksam, wenn entweder der Vertragspartner, was er zu beweisen hätte, ohne Fahrlässigkeit von der Ordnungsmäßigkeit ausgegangen ist (falls nicht, entstehen keine Rechte gegen den Nachlass, allenfalls Ansprüche gegen den Testamentsvollstrecker gemäß § 179 BGB)[2], oder wenn sich der Testamentsvollstrecker zur Verfügung über einen Gegenstand verpflichtet, über den er gemäß § 2205 Satz 2 BGB, was grundsätzlich der Fall ist, verfügen kann, § 2206 Abs. 1 Satz 1 BGB. Verfügungsrecht ohne entsprechende Verpflichtungsbefugnis hielte das Gesetz für sinnwidrig. Bei Pflichtverletzung haftet der Testamentsvollstrecker dem Erben jedoch. Wird zwischen dem Testamentsvollstrecker und dem Dritten vorsätzlich und kollusiv zum Nachteil des Nachlasses gehandelt, ist das Verpflichtungsgeschäft nichtig, § 138 BGB[3]. 100

➲ **Beratungshinweis:** Zwar kann der Testamentsvollstrecker gemäß § 2206 Abs. 2 BGB zu seiner eigenen Sicherheit die Zustimmung des Erben zu einer ordnungsmäßigen Verpflichtung verlangen, hierin liegt jedoch Konfliktpotenzial. Dieses kann der Erblasser von vornherein dadurch vermeiden, dass er durch letztwillige Verfügung den Testamentsvollstrecker, 101

1 Vgl. dazu *Klumpp*, ZEV 1994, 66 ff.
2 BGH v. 7.7.1982 – IVa ZR 36/91, NJW 1983, 40; Palandt/*Edenhofer*, § 2206 BGB Rz. 1.
3 *Bengel/Reimann/Schaub*, IV Rz. 84.

von Schenkungen abgesehen, ermächtigt, den Nachlass unbeschränkt zu verpflichten, § 2207 BGB. Bei Verwaltungstestamentsvollstreckung unterstellt dies das Gesetz im Zweifel ohnehin, § 2209 Satz 2 BGB. Die Erweiterung der Verpflichtungsbefugnis ändert jedoch nichts daran, dass der Testamentsvollstrecker im Verhältnis zum Erben den Nachlass nur im Rahmen ordnungsmäßiger Verwaltung verpflichten darf[1]. Der Erbe darf die Verpflichtungsbefugnis nicht erweitern[2].

d) Verfügungsbefugnis

102 Ordnungsmäßige Verwaltung setzt Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers voraus. Sie ist im Grundsatz **umfassend**, § 2205 Satz 2 BGB, betrifft also nicht nur vertragliche Rechtsgeschäfte, sondern auch einseitige Gestaltungsgeschäfte, wie zum Beispiel Anfechtung, Rücktritt, Aufrechnung und Kündigung[3]. Es gelten jedoch vier **Einschränkungen**:

- Die Befugnis besteht für Einzelgegenstände, nicht den Nachlass insgesamt oder einen Erbteil.
- Schenkungsverbot, § 2205, Satz 3 BGB, s. dazu u. Rz. 108 ff.
- Selbstkontrahierungsverbot, § 181 BGB, s. dazu u. Rz. 106
- Verfügungsbeschränkung durch die letztwillige Verfügung

Was ist, wenn der Testamentsvollstrecker hiergegen verstößt?

103 ➲ **Beratungssituation:** Der Erblasser hat letztwillig verfügt, dass sein „Wohnhaus" nach seinem Tod zehn Jahre lang nicht veräußert werden dürfe. Der Testamentsvollstrecker tut dies dennoch. Der Erbe fragt, ob die Immobilie vom Käufer zurückverlangt werden könne.

Das ist möglich, weil die Verfügungsbeschränkung des Erblassers **dinglich** wirkt, sie ist also unwirksam[4]. Der Testamentsvollstrecker hatte das Recht von Haus aus nicht. Gleiches gilt bei Verstößen gegen das Selbstkontrahierungs- und das Schenkungsverbot. Da die Erben aber genehmigen können, handelt es sich um **schwebende Unwirksamkeit**. Beim ordnungsmäßiger Verwaltung widersprechendem Insichgeschäft müssen auch etwaige Vermächtnisnehmer zustimmen[5]. Wird nicht genehmigt, bleibt der Gegenstand im

1 Palandt/*Edenhofer*, § 2207 BGB Rz. 2.
2 *Bengel/Reimann/Schaub*, IV Rz. 96.
3 *Bengel/Reimann*, I Rz. 101; allerdings kann der Erbe eines vor Inkrafttreten des Vermögensgesetzes verstorbenen Geschädigten vermögensrechtliche Ansprüche noch selber geltend machen, BVerwG v. 17.10.2005 – 7 C 8/05, ZEV 2006, 122.
4 BGH v. 9.5.1984 – IVa ZR 234/82, NJW 1984, 2464; BGH v. 18.6.1971 – V ZB 4/71, NJW 1971, 1805; *Bengel/Reimann*, IV Rz. 125 u. 149; über § 2206 Abs. 1 BGB ist auch das zugrunde liegende Kausalgeschäft nichtig, Soergel/*Damrau*, § 2205 BGB Rz. 82; verfügt der Testamentsvollstrecker zugunsten eines Nichterben über einen Nachlassgegenstand, sind die Erben für eine Klage gegen den Testamentsvollstrecker auf Feststellung prozessführungsbefugt, OLG Koblenz v. 27.11.2006 – 6 W 558/06, OLGReport 2007, 243.
5 *Bengel/Reimann/Schaub*, IV Rz. 183.

Nachlass. Über ihn können nun auch nicht etwa die Erben verfügen. Das wäre nur im Zusammenwirken mit dem Testamentsvollstrecker möglich, auch gegen den Willen des Erblassers[1].

Von Grund auf anders stellt sich folgender Fall dar:

➲ **Beratungssituation:** Der Testamentsvollstrecker wurde im Testament in seiner Verfügungsbefugnis nicht beschränkt. Er veräußert vollkommen unsinnigerweise einen ertragstarken GmbH-Anteil. 104

Hier ist das Geschäft von Anfang an wirksam, da keine Einschränkung der Verfügungsbefugnis bestand. Nur darauf kommt es an, nicht darauf, ob das Geschäft ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht[2]. Allerdings kann der Testamentsvollstrecker dem Erben schadenersatzpflichtig sein.

Zur Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers bei **Vor- und Nacherbschaft** s.o. Rz. 53 ff. 105

Vom **Selbstkontrahierungsverbot** kann nur der Erblasser Befreiung erteilen, deren Sinn dem Mandanten gründlich zu erläutern ist, weil er erfahrungsgemäß nicht selten Missbrauch befürchtet, was die ohnehin häufig bestehende Zurückhaltung, Testamentsvollstreckung zu verfügen, steigert. Die Befreiung kann auch stillschweigend erfolgen, woran zum Beispiel zu denken ist, wenn der Testamentsvollstrecker als Miterbe mit der Verwaltung und Auseinandersetzung betraut wurde. Entspricht jedoch ein Insichgeschäft nicht ordnungsmäßiger Verwaltung, ist es mangels zulässiger Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot unwirksam, da § 2216 BGB nicht auf diese Weise ausgehebelt werden darf, § 2220 BGB[3]. In jedem Fall ist der Testamentsvollstrecker für die Befreiung beweispflichtig. 106

Die **Pfändung** eines Erbteils ändert nichts an der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers bezüglich der einzelnen Gegenstände, der Testamentsvollstrecker darf sie also auch ohne Zustimmung des Pfändungsgläubigers veräußern oder belasten (was der Erbe ohne Testamentsvollstreckung nicht dürfte). Das Pfandrecht setzt sich jedoch am Surrogat fort[4]. 107

e) Schenkungsverbot

Im Rahmen ordnungsmäßiger Verwaltung besitzt der Testamentsvollstrecker einen recht weiten Handlungsspielraum, er unterliegt jedoch einem Schenkungsverbot[5], ausgenommen solche unentgeltlichen Verfügungen, die einer sittlichen Pflicht oder dem Anstand genügen oder die der Testamentsvollstre- 108

1 BGH v. 9.5.1984 – IVa ZR 234/82, NJW 1984, 2464.
2 *Bengel/Reimann/Schaub*, IV Rz. 123.
3 BGH v. 29.4.1959 – V ZR 11/58, BGHZ 30, 67; *Bengel/Reimann*, IV Rz. 168.
4 *Bengel/Reimann/Schaub*, IV Rz. 219.
5 Keine unentgeltliche Verfügung des Testamentsvollstreckers ist die Erfüllung eines letztwillig angeordneten und ausgeübten Übernahmerechts, LG Stuttgart v. 17.12.2001 – 1 T 23/01, ZEV 2002, 237.

cker aufgrund einer Vollmacht vornimmt. Der Erblasser kann von dem Verbot nicht Befreiung erteilen. Verstöße bedeuten (auch bei teilunentgeltlichen Geschäften) dingliche Unwirksamkeit, es sei denn, der Erbe stimmt zu[1] (auch entgegen dem Erblasserwillen) oder der Testamentsvollstrecker handelt aufgrund postmortaler Vollmacht. Gutglaubenserwerb ist mangels Verfügungsbefugnis nicht möglich, es sei denn, der gute Glaube bezog sich auf das Eigentum (dann aber Herausgabepflicht des Erwerbers gegenüber dem Erben)[2]. Erwirbt der Testamentsvollstrecker einen Gegenstand unter Verwendung von Nachlassmitteln, so tritt dingliche Surrogation ein, das Schenkungsverbot bezieht sich also auch auf diesen Ersatzgegenstand[3].

109 Wann ist eine Verfügung **unentgeltlich**?

➲ **Beratungssituation:** Mandant A, Miterbe, berichtet, dass der Testamentsvollstrecker eine Erbauseinandersetzung vorgenommen habe, wonach dem anderen Erben B doppelt so viel zugeflossen sei, wie jener gemäß seiner Erbquote hätte erhalten dürfen. A will wissen, ob B den Zuvielempfang an den Nachlass zurückführen muss.

Unentgeltlichkeit hat eine **objektive** und eine **subjektive** Komponente. Im Grundsatz muss der Testamentsvollstrecker bei dem Geschäft aus dem Nachlass objektiv mehr hergeben als er empfängt **und** wissen, dass dies so ist. Mindestens hätte er es aber erkennen müssen, nicht dagegen wird eine solche Kenntnis für die Gegenseite des Geschäfts gefordert. Zur objektiven Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung genügt allerdings, wenn sie von den Parteien gleichgestellt wurden (auch wenn in Wahrheit ein Wertunterschied besteht) und dies im Lichte einer ordnungsmäßigen Verwaltung vertretbar ist[4]. **Beurteilungszeitpunkt:** Vornahme der Verfügung.

110 Folgende **Beispiele** aus Rechtsprechung und Literatur mögen als **Orientierungshilfe** dienen:

Unentgeltlichkeit kann auch liegen in einem **Vergleich**, der zu viel gewährt[5], einer **Erbauseinandersetzung**, wenn die Leistung über die Erbquote hinausgeht[6], einer **unbenannten Zuwendung** unter Ehegatten[7], den Kauf eines Gegenstandes zu stark überhöhtem Preis[8], der Freigabe eines Nachlassgrundstücks[9], der vorweggenommenen Übertragung eines Gegenstands an den

1 Es müssen aber sämtliche Erben – auch Vor- und Nacherben, nicht aber Ersatzerben – zustimmen, auch Vermächtnisnehmer, deren Vermächtnisse nicht voll erfüllt sind, vgl. *Schaub*, ZEV 2001, 259.
2 OLG Hamm v. 19.2.2001 – 5 U 185/00, ZEV 2001, 275.
3 OLG Hamm v. 19.2.2001 – 5 U 185/00, ZEV 2001, 275.
4 Palandt/*Edenhofer*, § 2205 BGB Rz. 29; Staudinger/*Reimann*, § 2205 Rz. 42; bzgl. der Kenntnis der Gegenseite a.A. *Lange/Kuchinke*, § 31 VI 2b.
5 BGH v. 24.10.1990 – IV ZR 296/89, NJW 1991, 842.
6 BGH v. 24.10.1990 – IV ZR 296/89, NJW 1991, 842.
7 *Zimmermann*, Die Testamentsvollstreckung, Rz. 481.
8 *Schaub*, ZEV 2001, 258; a.A. Soergel/*Damrau*, § 2205 BGB Rz. 83.
9 AG Starnberg v. 11.7.1984 – AZ Wangen 211/8, Rpfleger 1985, 57.

Nacherben[1]. Gleiches gilt, wenn der Testamentsvollstrecker die Gegenleistung veruntreut[2] (es sei denn, sie war bereits in den Nachlass gelangt)[3], oder wenn die Gegenleistung nicht dem Nachlass, sondern Dritten zufließt[4]. Unentgeltlichkeit ist auch gegeben, wenn rechtsgrundlos bzw. auf eine nur vermeintliche Nachlassschuld geleistet oder ein Schulderlass ohne Gegenleistung gewährt wird[5], ebenso bei teilweiser Unentgeltlichkeit[6]. **Entgeltlichkeit** liegt in der Regel selbst dann vor, wenn die Gegenleistung nicht sofort fällig oder nicht dinglich gesichert ist[7], ebenso, wenn ein Erwerb unterlassen oder der Eintritt der Verjährung geduldet wird[8]. Der Testamentsvollstrecker kann auch ein Grundstück mit einem Grundpfandrecht belasten (es sei denn, die Gegenleistung gelangt nicht in den Nachlass), ebenso kann er eine Eigentümergrundschuld bestellen[9].

Dazu, wie bei **Grundstücksverfügungen** gegenüber dem **Grundbuchamt** zu verfahren ist, wenn möglicherweise Unentgeltlichkeit vorliegt, s.o. Rz. 76.

➲ **Beratungshinweis:** Wegen der für alle Beteiligten bestehenden Unklarheiten und Gefahren sollten

1. der Testamentsvollstrecker bei (möglichen) unentgeltlichen Verfügungen die vorherige Zustimmung des Erben einholen und
2. alle diejenigen, die mit dem Testamentsvollstrecker rechtsgeschäftlich zu tun haben, seine Verfügungsbefugnis gründlich klären.

5. Erfüllung der Nachlassverbindlichkeiten

Sie ist Aufgabe des Testamentsvollstreckers (§§ 2205 Satz 1 und 2, 2046 BGB) und umfasst jene Schulden, die schon beim Tod des Erblassers bestanden, sowie die durch den Erbfall unmittelbar ausgelösten Schulden bzw. Pflichten (Vermächtnisse und vermächtnisähnliche Ansprüche, wie zum Beispiel der Ehegattenvoraus oder der Dreißigste, Auflagen, Pflichtteile, die vom Testamentsvollstrecker nur mit Zustimmung des Erben mit für diesen bindender Wirkung anerkannt werden können[10], und die Erbschaftsteuer, Näheres zu Letzterer vgl. Rz. 146 ff.), sowie die durch Rechtsgeschäfte nach dem Tod entstehenden Verbindlichkeiten, zum Beispiel die Bestattungskosten, aber auch alle jene, die aus der Vermögensverwaltung resultieren, sei es im Rahmen der 111

1 BGH v. 24.9.1971 – V ZB 6/71, BGHZ 57, 84.
2 RG v. 10.12.1913 – V 303/13, RGZ 83, 349.
3 Staudinger/*Reimann*, § 2205 BGB Rz. 43.
4 BGH v. 2.10.1952 – IV ZR 24/52, BGHZ 7, 274.
5 RG v. 6.7.1922 – IV 715/21 RGZ 105, 246 (rechtsgrundlos); RG v. 30.1.1940 – V 76/38, RGZ 163, 348 (Vermeintlichkeit); Staudinger/*Reimann*, § 2205 BGB Rz. 47 (Schulderlass).
6 BGH v. 15.5.1963 – V ZR 141/61, NJW 1963, 1613.
7 KG v. 13.8.1971 – 1 W 6018/70, DNotZ 1972, 176; a.A. bzgl. der dinglichen Sicherung OLG Hamm v. 5.2.1971 – 15 W 19/71, Rpfleger 1971, 147.
8 Staudinger/*Reimann*, § 2205 BGB Rz. 47.
9 Staudinger/*Reimann*, § 2205 BGB Rz. 47.
10 BGH v. 2./3.12.1968 – III ZR 2/68, BGHZ 51, 125.

bloßen Abwicklungs- oder der Verwaltungsvollstreckung. Um ein längerfristiges Rentenvermächtnis sicherzustellen, ist der Testamentsvollstrecker berechtigt, entsprechende Mittel zurückzuhalten[1].

112 Speziell zur **Vermächtniserfüllung**: Auch wenn es der Erblasser nicht verfügt hat, kann der Testamentsvollstrecker den Vermächtnisanspruch auf Übertragung eines **Grundstücks** durch **Vormerkung** gemäß § 883 BGB sichern lassen, auch per einstweiliger Verfügung mit den Erleichterungen des § 885 Abs. 1 BGB. Gleiches gilt beim Vor- und Nachvermächtnis.

113 Muss der Vermächtnisnehmer **Grundstücksbelastungen** übernehmen?

➲ **Beratungssituation:** Der Erblasser hat seinem Bruder B per Vermächtnis ein Grundstück zugewandt, das zur Sicherung des jeweiligen Kredits aus einem Kreditverhältnis in laufender Rechnung mit wechselndem Saldo mit einer Grundschuld belastet ist.

Mangels abweichender letztwilliger Verfügung muss der Vermächtnisnehmer die dinglichen Belastungen (Grundpfandrechte, Nießbrauch, Dienstbarkeit, Reallast – beachte § 1108 BGB! –) übernehmen und auch die zugrunde liegenden Schulden bedienen. Das ist also nicht mehr Sache des Testamentsvollstreckers. Für einen wechselnden Kredit wie in der **Beratungssituation** hat der BGH das jedoch verneint[2].

6. Erstellung und Durchführung des Auseinandersetzungsplans

a) Strategie

114 Die Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft zählt für den Testamentsvollstrecker zu den schwierigsten Aufgaben. Daher drei **Beratungshinweise**: 1. **Grundsatz**: Je früher die Auseinandersetzung beendet ist, desto besser für die Erben und den Testamentsvollstrecker. 2. Die Erben sollten frühzeitig in die Entwicklung des Auseinandersetzungsplans einbezogen werden. 3. Ziel ist nicht der einseitig oktroyierte Plan des Testamentsvollstreckers, sondern ein Auseinandersetzungsvertrag zwischen allen Erben, dem der Testamentsvollstrecker zustimmt. Das stiftet Einvernehmen und mindert für letzteren die Haftungsgefahr.

b) Die Bedeutung des Auseinandersetzungsplans

115 Die Pflicht des Testamentsvollstreckers zur Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft folgt aus § 2204 Absatz 1 BGB, auch ohne entsprechende Anordnung des Erblassers. Dazu bedarf es eines **Auseinandersetzungsplans**, zu dem die Erben vorab zu hören sind, § 2204 Absatz 2 BGB. Die Erstellung kann von den Erben eingeklagt werden, ebenso wie die Auseinandersetzung selbst[3]. Der Plan ist **formfrei**, § 311b BGB gilt nicht, auch wenn Grundstücke betroffen

1 OLG Koblenz v. 8.7.2008 – 11 U 286/08, ZErb 2008, 358.
2 BGH v. 20.6.1962 – V ZR 219/60, BGHZ 37, 233, 246.
3 RG v. 4.10.1920 – IV 222/20, RGZ 100, 97.

sind. Er hat nur schuldrechtliche Bedeutung ohne dingliche Wirkung, für den Vollzug sind also sachenrechtliche Übertragungsakte nötig. Weder das Nachlassgericht noch die Erben müssen dem Plan zustimmen, ebenso wenig bei Minderjährigen oder Betreuten das Familiengericht, es sei denn, der Plan weicht vom Gesetz oder Erblasserwillen ab[1]. Bei einem minderjährigen Miterben bedarf es allerdings dann, wenn ein Elternteil Testamentsvollstrecker ist, für die Zustimmung eines Ergänzungspflegers. Der Plan ist für die Erben bindend, sobald er ihnen als verbindlich mitgeteilt wurde. Der Testamentsvollstrecker kann ihn einseitig nicht mehr rückgängig machen[2]. Ein Widerspruch der Erben gegen den Plan hat keine Bedeutung. Um ihn zu Fall zu bringen, bedürfte es der Feststellungsklage auf Unwirksamkeit (Prozessgericht!), auch eine einstweilige Verfügung ist möglich.

c) Abweichungen

Schließt der Erblasser die Auseinandersetzung aus, wirkt dies im Falle von Testamentsvollstreckung wegen § 2208 BGB dinglich[3], der Testamentsvollstrecker darf hiervon also nicht abweichen. Mit Zustimmung aller Erben ist die Auseinandersetzung jedoch zulässig[4]. 116

➲ **Beratungssituation:** Die Erben haben, obwohl sich im Testament darüber nichts findet, vereinbart, dass sie den Nachlass zehn Jahre lang nicht auseinander setzen wollen. Dennoch veräußert der Testamentsvollstrecker einen GmbH-Anteil. Wirksam?

Die Vereinbarung der Erben bindet den Testamentsvollstrecker, wirkt aber nur schuldrechtlich, er kann also wirksam verfügen. Ausnahme: Kollusives Zusammenwirken mit dem Dritten[5].

Der Gang der Auseinandersetzung 117

- Konstituierung des Nachlasses,
- Einziehung der Forderungen (auch gegenüber Miterben, selbst wenn diese etwas aus dem Nachlass zu erwarten haben)[6],
- Errechnung der Ausgleichspflichten (Vorempfänge gemäß §§ 2050 ff. BGB), auch wenn es sich nur um eine Berechnungsregel handelt[7] (Auskunftspflicht der Erben! Eine Einigung zwischen den Erben über die Ausgleichs-

1 *Winkler*, Rz. 531; *Zimmermann*, Die Testamentsvollstreckung, Rz. 656.
2 *Winkler*, Rz. 522.
3 H.M., vgl. BGH v. 18.6.1971 – V ZB 4/71, BGHZ, 56, 275; a.A. Soergel/*Damrau*, § 2204 BGB Rz. 12.
4 BGH v. 18.6.1971 – V ZB 4/71, BGHZ, 56, 275; Staudinger/*Reimann*, § 2204 BGB Rz. 54.
5 *Bengel/Reimann*, I Rz. 153.
6 *Bengel/Reimann*, I Rz. 159; nach BGH v. 15.2.1971 – III ZR 217/67, FamRZ 1971, 644 kann dies im Einzelfall gegen Treu und Glauben verstoßen.
7 Palandt/*Edenhofer*, § 2050 BGB Rz. 2; zur Berechnungsmethode s. *Bengel/Reimann*, I Rz. 161 ff.

pflichten bindet den Testamentsvollstrecker, einen Streit hierüber müssen sie unter sich austragen)[1],

- Ermittlung der Verbindlichkeiten.
- Im Rahmen der Pflichtteilsansprüche haben zu erfolgen
  - die Errechnung der Anrechnungspflichten gemäß § 2315 BGB (im Gegensatz zu den Ausgleichspflichten bedarf es klarer Anordnung des Erblassers) und
  - Prüfung der Auswirkungen der Ausgleichspflichten gemäß §§ 2050 ff. und 2057a BGB auf den Pflichtteil gemäß § 2316 BGB.
- Erfüllung der Verbindlichkeiten (stehen sie noch nicht fest, sind vorsorglich ausreichende Mittel zurückzubehalten, fehlt es an Barmitteln für die Erfüllung, ist der Nachlass ggf. in Geld umzusetzen, § 2046 Abs. 3 BGB); zunächst sind die Erblasser-, erst dann die Erbfallschulden zu begleichen, §§ 1973, 1971 Abs. 4, 1992 BGB,
- Feststellung des Überschusses;
- gelingt es dem Testamentsvollstrecker, Einvernehmen zwischen den Erben herzustellen, ist ein Auseinandersetzungsvertrag zu schließen, der den Auseinandersetzungsplan ersetzt. Ein solcher Vertrag wirkt schuldrechtlich, bedarf also des sachenrechtlichen Vollzugs. Form: grundsätzlich formfrei, Ausnahmen z.B. §§ 311b, 766 BGB; 15 GmbHG.
- Einigen sich die Erben nicht: Aufstellung des Auseinandersetzungsplans;
- Vorlage des Plans an die Erben;
- Verteilung des Überschusses:

  Grundsätze:

  - Die Verteilung erfolgt unter Berücksichtigung der Ausgleichs- und Anrechnungspflichten nach den Erbquoten unter Anwendung der §§ 2042 Abs. 2, 752 ff. BGB, es sei denn, der Erblasser hat Abweichendes bestimmt, zum Beispiel eine Auseinandersetzung nach billigem Ermessen (§ 2048 Satz 2 BGB).
  - Die Verteilung hat, soweit möglich, in **Natur** zu erfolgen.

118 ➲ **Beratungssituation:** Der Testamentsvollstrecker fragt seinen Berater, ob er die Auseinandersetzung eines mit einem größeren Haus bebauten Grundstücks durch Bildung von Eigentumswohnungen durchführen dürfe.

Teilbar sind: Geld, Forderungen (auch auf andere Leistungen, soweit teilbar), Wertpapiere (falls Stückelung möglich), Gesellschaftsanteile (wenn satzungsrechtlich zulässig), unbebaute Grundstücke (es sei denn, der Gesamtwert liegt über der Summe der Einzelwerte nach Teilung oder es ergeben sich Teile von nicht unbeträchtlich unterschiedlichem Wert)[2].

1 RG v. 15.2.1932 – 287/31, HRR 1932, Nr. 1307.
2 Palandt/*Sprau*, § 752 BGB Rz. 3.

Nicht teilbar sind: Bebaute Grundstücke (es lassen sich meistens nicht gleichwertige Teile bilden, auch bei Eigentumswohnungen nicht)[1], in der Regel auch nicht landwirtschaftliche Grundstücke, Unternehmen[2], Aktien (§ 3 Abs. 3 AktG), gewerbliche Schutzrechte[3], Einrichtungen, an denen Nachbarn gemeinschaftlich berechtigt sind (§ 922 Satz 3 BGB), Schriftstücke mit Bezug zu den persönlichen Verhältnissen des Erblassers, seiner Familie oder zum ganzen Nachlass (§ 2047 Abs. 2 BGB); ebenso wenig ist die Aufhebung der Gemeinschaft gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 WEG möglich.

- Soweit Teilung in Natur nicht möglich ist, erfolgen Verkauf und anschließende Verteilung des Erlöses, und zwar durch Pfandverkauf (§§ 1253 ff. BGB) oder Zwangsversteigerung (§§ 180 ff. ZVG), wobei nur der Testamentsvollstrecker antragsberechtigt ist[4]. Er darf aber auch freihändig verkaufen, wenn dies nicht zu weit unter Wert geschieht[5]. Bei landwirtschaftlichen Grundstücken ist, da hier eine Genehmigung nicht gefordert wird (§§ 2, 37 GrdstVG), eher an Zwangsversteigerung zu denken (Chance auf einen höheren Kaufpreis).
- Die **Kosten** der Auseinandersetzung trägt der Nachlass.

7. Höchstpersönlichkeit, Auskunfts- und Rechnungslegungspflicht

a) Persönliche Pflicht zur Amtsführung

Selbst wenn der Erblasser zugestimmt hätte, dürfte der Testamentsvollstrecker sein Amt nicht **delegieren**. Ausnahme: Die Zustimmung bezieht sich nur auf einzelne Aufgaben[6]. Bei sehr komplexen oder eilbedürftigen Testamentsvollstreckungen kann eine Teilübertragung jedoch nicht nur zulässig, sondern sogar notwendig sein[7]. Etwas anderes als diese Substitution ist der bloße **Gehilfe**, auf den der Testamentsvollstrecker, wenn erforderlich, immer zurückgreifen darf (Haftung für ihn nach § 278 BGB). Der Testamentsvollstrecker muss das Geschehen jedoch beherrschen. Auch darf er im Rahmen ordnungsmäßiger Verwaltung Vollmachten erteilen, in der Regel jedoch keine Generalvollmacht[8]. Hat der Testamentsvollstrecker eine Vollmacht erteilt, endet diese mit dem Wegfall des vertretenen Testamentsvollstreckers[9]. 119

1 *Bengel/Reimann/Schaub*, IV Rz. 231.
2 MüKo/*Schmidt*, § 952 BGB Rz. 29.
3 Palandt/*Sprau*, § 752 BGB Rz. 3.
4 *Bengel/Reimann/Schaub*, IV Rz. 232.
5 *Winkler*, Rz. 512.
6 MüKo/*Zimmermann*, § 2218 BGB Rz. 5.
7 RGRK/*Kregel*, § 2218 BGB Rz. 5.
8 Zum Meinungsstand s. *Bengel/Reimann/Schaub*, VI Rz. 23 ff.
9 OLG Düsseldorf v. 18.5.2000 – 10 U 107/96, ZEV 2001, 281; a.A. *Muscheler*, ZEV 2008, 213, weil der Bevollmächtigte den Erben vertrete, nicht den Testamentsvollstrecker.

120 ➲ **Beratungssituation:** Der Testamentsvollstrecker, von Beruf Makler, beauftragt einen Rechtsanwalt mit der Erstellung des Nachlassverzeichnisses. Der Erbe widerspricht der Belastung des Nachlasses mit dem Rechtsanwaltshonorar.

Der Testamentsvollstrecker darf Verträge mit Dritten schließen, auch mit Beratern. Dies aber nur, soweit er der Beratung wirklich bedarf. Im **Ausgangsfall** hätte der Makler das Nachlassverzeichnis sicher selber erstellen können[1]. Ist der Testamentsvollstrecker Rechtsanwalt, kann er für besondere Tätigkeit, die über die normale Testamentsvollstreckung hinausgeht (z.B. Führen eines Prozesses) ein Extrahonorar nach dem RVG verlangen[2]. Die Beurteilung und Bewältigung der üblichen, mit der Nachlassabwicklung verbundenen Probleme sollten jedoch beim Rechtsanwalt, Notar, Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer durch das Vollstreckerhonorar abgegolten sein, denn der Erblasser hat diese Wahl aus gutem Grunde getroffen.

b) Benachrichtigung

121 Der Erbe besitzt gegen den Testamentsvollstrecker einen Anspruch auf Information. Dieser konkretisiert sich in dreierlei: Benachrichtigung, Auskunft und Rechenschaftsablegung. Die **Benachrichtigung** hat kontinuierlich und ohne Aufforderung zu erfolgen. Der Erbe muss im Großen und Ganzen wissen, wie es um den Nachlass steht und was der Testamentsvollstrecker tut. Den Maßstab bildet, was von einem objektiven und umsichtigen Testamentsvollstrecker verlangt werden kann[3]. Die Pflicht zur Benachrichtigung besteht besonders bei Insichgeschäften des Testamentsvollstreckers oder bei Risikogeschäften[4].

c) Auskunft

122 Auskunft ist nur geschuldet, wenn sie verlangt wird[5]. Der Anspruch orientiert sich an § 666 BGB und ist umfassend, auch wenn der Testamentsvollstrecker Miterbe ist. Der Anspruch bezieht sich auf alles, was der Berechtigte wissen muss, um seine Vermögens- und Rechtsposition zu beurteilen und zu sichern. Im Zweifel ist der Anspruch zu bejahen, denn der Berechtigte ist immerhin Vermögensinhaber. Grenze bildet das **Schikaneverbot**, z.B. wenn das Interesse des Erben außer Verhältnis zum Aufwand steht[6]. Der Testamentsvollstrecker muss ggf. auch eigene **Fehler**, sogar eine Straftat offenbaren. Es besteht auch eine Wissensverschaffungspflicht, etwa wenn zur Auskunftserteilung über bestimmte Umsätze eine Anwaltssozietät verurteilt wurde[7]. Er

1 Vgl. dazu BGH v. 7.7.1982 – IVa ZR 36/81, NJW 1983, 40.
2 *Winkler*, Rz. 635.
3 *Bengel/Reimann/Klumpp*, VI Rz. 55.
4 BGH v. 29.4.1959 – V ZR 11/58, BGHZ 30, 67, 72; Staudinger/*Reimann*, § 2218 BGB Rz. 17.
5 OLG Hamm v. 21.2.1958 – 15 W 20/58, Rpfleger 1959, 53.
6 BGH v. 16.5.1984 – IVa ZR 106/82, WM 1984, 1164.
7 OLG Frankfurt v. 23.9.1996 – 6 W 108/96, BB 1996, 2433.

muss auch einem Vermächtnisnehmer gegenüber Auskunft erteilen über die nach Testamentserrichtung eingetretene Entwicklung von vermächtnisweise zugewandten Forderungen gegen eine Bank[1].

➲ **Beratungssituation:** Der Testamentsvollstrecker hat zu Beginn der Testamentsvollstreckung ordnungsgemäß ein Nachlassverzeichnis erstellt. Zehn Monate später verlangt der Erbe ein aktuelles neues Verzeichnis. Der Testamentsvollstrecker hält dies für schikanös. 123

Er irrt, denn nach Ablauf einiger Zeit schuldet er neben dem Ausgangsnachlassverzeichnis auf Verlangen ein aktualisiertes Bestandsverzeichnis (§ 260 Abs. 1 BGB), gegliedert nach Aktiva und Passiva sowie einzelnen Sachgruppen[2]. Sukzessive gelieferte Teilverzeichnisse sind, wenn Vollständigkeit und Übersichtlichkeit gewahrt bleiben, im Ausnahmefall zulässig[3]. Die Vorlage von **Belegen** ist (wie bei der Testamentsvollstreckerauskunft allgemein) nur geschuldet, wenn sich der Berechtigte ohne sie kein Bild machen kann[4], oder wenn bisher nur unvollständig oder offenkundig falsch Auskunft erteilt wurde[5]. Testamentsvollstreckerhonoraransprüche rechtfertigen in Bezug auf die Auskunft kein Zurückbehaltungsrecht[6]. Aus Beweisgründen und wegen der Nachprüfbarkeit hat die Auskunft grundsätzlich **schriftlich** zu erfolgen. Ausnahme: Schikane. Unter den üblichen Voraussetzungen kann der Berechtigte, wenn es sich nicht um Bagatellen handelt, auch eine eidesstattliche Versicherung verlangen (ggf. Stufenklage). Nach Verurteilung und weiterer Weigerung des Testamentsvollstreckers ist Antrag gemäß § 888 ZPO zum Prozessgericht I. Instanz möglich. Die **Kosten** der Auskunftserteilung trägt der Nachlass, es sei denn, der Testamentsvollstrecker hatte sich zu Unrecht geweigert, wodurch zusätzliche Kosten, auch Gerichts- und Anwaltskosten, verursacht wurden.

Ein Testamentsvollstrecker ist nicht verpflichtet, die Nacherben über Rechtsgeschäfte des befreiten Vorerben zu unterrichten, die nicht zur Vorerbschaft gehörende Vermögenswerte betreffen[7].

d) Rechenschaftsablegung

Am Ende seiner Tätigkeit hat der Testamentsvollstrecker auf Verlangen (und nur dann) über sein Amt Rechenschaft abzulegen, wobei es zum einen um die Mitteilung der wesentlichen Tatsachen, vor allem aber um die **Rechnungslegung** geht[8]. Der Berechtigte kann auf beides **verzichten**. Gefordert werden Vollständigkeit, Richtigkeit, Verständlichkeit und Nachprüfbarkeit. Es gilt der Maßstab des § 259 BGB: Es sind also die Einnahmen und Ausgaben wäh- 124

1 OLG Oldenburg v. 20.4.2000 – 15 U 109/99, ZEV 2001, 276.
2 BGH v. 2.11.1960 – V ZR 124/59, NJW 1961, 602.
3 BGH v. 18.10.1961 – V ZR 192/60, NJW 1962, 245, 246.
4 MüKo/*Keller*, § 260 BGB Rz. 55.
5 BGH v. 16.9.1982 – X ZR 54/81, DB 1982, 2393.
6 *Bengel/Reimann/Klumpp*, VI Rz. 116.
7 OLG Celle v. 16.11.2000 – 22 U 249/99, OLGReport 2001, 38.
8 Einzelheiten s. *Voss*, ZEV 2007, 363.

rend der gesamten Amtszeit aufzulisten (inklusive dazugehöriger Belege, soweit sie üblicherweise ausgestellt zu werden pflegen)[1]. Diese Pflicht ist **vererblich**, der Erbe des Testamentsvollstreckers muss unaufschiebbare Maßnahmen ergreifen[2].

125 ➲ **Beratungssituation:** Der Testamentsvollstrecker übergibt dem Erben einen ungeordneten Stapel von Belegen und bietet an, diese im Einzelnen zu erläutern. Genügt ein solches Angebot?

Die Rechnungslegung muss so beschaffen sein, dass sich der Erbe allein durch sie ein vollständiges Bild vom Nachlass und vor allem auch von der Entwicklung des Vermögens ab Beginn der Testamentsvollstreckung machen kann. Das verlangt Übersichtlichkeit von Rechnungslegung und Belegsammlung. Auf mündliche Erläuterungen allein braucht sich der Berechtigte nicht einzulassen[3]. Verloren gegangene Belege muss der Testamentsvollstrecker, soweit möglich, wieder beschaffen. Bei periodischer Rechnungslegung bedarf es ihr nur für die noch nicht abgerechneten Abschnitte[4]. Streitig ist, wie bei sehr großen Verwaltungen verfahren werden muss. Vernünftigerweise genügt hier eine Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben in großen Posten nebst Hinweis auf die Bücher und mit dem Angebot der Erläuterung[5].

126 Wie bei der Auskunft besteht auch hier ein **Schikaneverbot**. Der Anspruch auf Rechnungslegung kann auch **verwirkt** sein, wenn die allgemeinen Voraussetzungen hierfür erfüllt sind. Zum Teil wird das Rechtsschutzbedürfnis für die Rechenschaftsablegung verneint, wenn von vornherein feststehe, dass der Erbe am Ende mit Sicherheit nichts vom Testamentsvollstrecker werde fordern können[6]. Da hierüber in der Regel erst die Rechnungslegung Klarheit schafft, wird man den Anspruch nur im Ausnahmefall verneinen dürfen.

127 Die Rechnungslegung muss **zügig** nach dem Ende der Tätigkeit erfolgen. Bezüglich eidesstattlicher Versicherung gilt das in Rz. 122 Gesagte. Alle Auskunftsansprüche gegen den Testamentsvollstrecker **verjähren** seit dem 1.1.2010 gem. § 195 BGB nach 3 Jahren. Die **Kosten** der Rechenschaftsablegung trägt der Nachlass, die Kosten einer anwaltschaftlichen Mahnung oder einer Verurteilung auf entsprechende Pflichterfüllung der Testamentsvollstrecker selbst.

128 ➲ **Beratungssituation:** Nach dem Ende der Testamentsvollstreckung verlangt der Testamentsvollstrecker von den Erben schriftliche Entlastung. Besteht hierauf ein Anspruch?

---

1 Soergel/*Mühl*, § 666 BGB Rz. 6.
2 *Bengel/Reimann/Klumpp*, VI Rz. 258 ff.
3 BGH v. 31.1.1963 – VII ZR 284/61, NJW 1963, 950.
4 Palandt/*Sprau*, § 666 BGB Rz. 4.
5 So auch Staudinger/*Reimann*, § 2218 BGB Rz. 20; a.A. wohl *Bengel/Reimann/Klumpp*, VI Rz. 242.
6 *Bengel/Reimann/Klumpp*, VI Rz. 289 mit Hinweis auf die Rechtsprechung.

Die h.M. verneint dies und gewährt dem Testamentsvollstrecker nur ein Klagerecht auf Feststellung, dass keine Ansprüche mehr gegen ihn bestehen bzw. dass er einzelne Geschäfte ordnungsgemäß abgewickelt hat[1]. Das ist im Hinblick auf die komplexe und sich oft über einen langen Zeitraum erstreckende Aufgabe eines Testamentsvollstreckers unbefriedigend. Dem Brauch im Vereinsrecht und den Regeln des Geschäftsführers oder Vorstands einer Kapitalgesellschaft entsprechend muss daher wegen der Vergleichbarkeit der Aufgaben dem Testamentsvollstrecker ein Anspruch auf **Entlastung** zugebilligt werden. Die 30-jährige Verjährungsfrist kann sich als Zumutung erweisen, zumal zwischen Testamentsvollstrecker und Erben oft familiäre Beziehungen bestehen[2]. Wenn ein solcher Anspruch besteht, dann muss er zudem **einklagbar** sein[3].

Anspruchsberechtigt gegenüber dem Testamentsvollstrecker sind der Erbe, Miterbe und Vorerbe (der Nacherbe erst im Nacherbfall, es sei denn, fehlerhafte Verwaltung des Vorerbes droht einen Schaden anzurichten)[4], sowie der Pfändungspfandgläubiger und der Erbschaftserwerber (nach Erfüllung des Erbschaftskaufvertrags)[5], nicht der Vermächtnisnehmer.

➲ **Beratungshinweis:** Da die Rechenschaftsablegung eine ungemein aufwendige Tätigkeit bedeuten kann, sollte der Testamentsvollstrecker (so jedenfalls seine Sicht) dem Erben möglichst einen Verzicht hierauf abringen. Dies gilt besonders, wenn zwischen Erbe und Testamentsvollstrecker ein uneingeschränktes Vertrauensverhältnis besteht.

8. Prozessführung und Zwangsvollstreckung

Als Partei kraft Amtes führt der Testamentsvollstrecker auch Prozesse für den Nachlass als **Partei**, der Erbe kann daher Zeuge sein. Es gelten folgende Grundsätze: 129

a) Aktivprozesse

– Aktivprozesse (das schließt alle Prozesshandlungen inklusive einstweiligem Rechtsschutz ein) darf nur der Testamentsvollstrecker, nicht der Erbe führen[6]. Voraussetzung: Das Recht unterliegt der Verwaltung des Testamentsvollstreckers, § 2212 BGB. Andernfalls: Abweisung der Klage wegen Unzulässigkeit[7]. Das Erbrecht selbst kann der Testamentsvollstrecker nur 129a

1 *Winkler*, Rz. 484; Soergel/*Damrau*, § 2218 BGB Rz. 7; *Zimmermann*, Die Testamentsvollstreckung, Rz. 322; a.A. Erman/*Schmidt*, § 2218 BGB Rz. 4; Einzelheiten s. *Voss*, ZEV 2007, 364.
2 *Bengel/Reimann/Klumpp*, VI Rz. 335 ff.
3 Dies lehnt der BGH v. 20.5.1985 – II ZR 165/84, NJW 1986, 129 für den GmbH-Geschäftsführer ab.
4 MüKo/*Grunsky*, § 2127 BGB Rz. 3.
5 *Bengel/Reimann/Klumpp*, VI Rz. 44.
6 Eine negative Feststellungsklage kann der Erbe jedoch erheben, sie gilt als Passivprozess, vgl. BGH v. 16.3.1988 – IVa ZR 163/87, NJW 1988, 1390.
7 BGH v. 14.12.1959 – V ZR 197/58, NJW 1960, 523.

ausnahmsweise gerichtlich feststellen lassen[1]. Keine Prozessführungsbefugnis besitzt der nur zur Auseinandersetzung des Nachlasses eingesetzte Testamentsvollstrecker für eine Klage auf Feststellung der Auflösung einer KG, deren Gesellschaftsanteile im Wege der Sondererbfolge auf die Miterben übergegangen sind[2].

- Der Testamentsvollstrecker hat ein rechtliches Interesse an der gerichtlichen Feststellung, ob ein Erbprätendent, an dessen Berechtigung er zweifelt, Erbe ist[3].
- Der Testamentsvollstrecker kann den Erben aber **ermächtigen**, den Prozess selber zu führen (Prozessstandschaft)[4].
- **Gerichtsstand** für den Aktivprozess des Testamentsvollstreckers: § 27 ZPO.
- Bei Verurteilung des Testamentsvollstreckers in die **Kosten** haftet nur der Nachlass.
- Das Urteil wirkt für und gegen den Erben, § 327 Abs. 1 ZPO.
- Das Betreiben der Zwangsvollstreckung aus einem vom Testamentsvollstrecker erwirkten Urteil obliegt als Teil der Verwaltung allein ihm.
- Zur Erteilung einer **vollstreckbaren Ausfertigung** des Urteils für den Erben nach Beendigung der Testamentsvollstreckung vgl. § 728 Abs. 2 ZPO.

b) Passivprozesse

130 – Im Passivprozess hat der Gläubiger die Wahl: Er kann den Erben (wenn dieser die Erbschaft angenommen hat) oder den Testamentsvollstrecker verklagen, Letzteren aber nur, wenn er den ganzen Nachlass verwaltet, § 2213 Abs. 1 BGB.

➲ **Beratungssituation:** Die Klage des Gläubigers auf Zahlung von 10 000 Euro gegen den Erben persönlich wurde rechtskräftig abgewiesen. Nun klagt er dieselbe Forderung noch einmal gegen den den ganzen Nachlass verwaltenden Testamentsvollstrecker ein. Mit welchen Aussichten?

Ein Urteil gegen den Testamentsvollstrecker wirkt, wenn er den Rechtsstreit führen durfte, gegen den Erben, § 327 Abs. 2 ZPO. Umgekehrt wirkt ein gegen den Erben ergangenes Urteil, da § 327 ZPO hier nicht gilt, nicht gegen den Testamentsvollstrecker. Wurde die Klage gegen den Erben jedoch abgewiesen, kann sich der Testamentsvollstrecker hierauf berufen[5].

1 MüKo/*Zimmermann*, § 2212 BGB Rz. 10; OLG Karlsruhe v. 6.8.2004 – 14 U 205/02, ZEV 2005 VI.
2 OLG Hamm v. 6.11.2001 – 27 U 64/01, NJW-RR 2002, 729.
3 OLG Karlsruhe v. 6.8.2004 – 14 U 205/02, OLGReport 2005, 129.
4 BGH v. 28.11.1962 – V ZR 9/61, NJW 1963, 297.
5 MüKo/*Zimmermann*, § 2213 BGB Rz. 7 (andernfalls könnte sich über § 327 Abs. 2 ZPO ein Widerspruch zur Rechtskraft der Klageabweisung ergeben).

– Zur **Zwangsvollstreckung** in den Nachlass genügt ein gegen den Testamentsvollstrecker gerichtetes Urteil, § 748 Abs. 1 ZPO (Vorbehalt beschränkter Haftung nicht nötig). Musste die Klage gegen den Erben gerichtet werden, bedarf es zur Zwangsvollstreckung zusätzlich eines Duldungsurteils gegen den Testamentsvollstrecker, § 748 Abs. 2 ZPO, nach Wahl in einem (kostengünstiger!) oder in getrennten Verfahren. Dem Testamentsvollstrecker bleiben alle materiellrechtlichen Einwendungen des Erben[1]. 131

– Ein **Pflichtteilsanspruch** kann nur gegen den Erben geltend gemacht werden, § 2213 Abs. 1 Satz 3 BGB. Zur Zwangsvollstreckung bedarf der Gläubiger aber zudem eines Haftungstitels gegen den Testamentsvollstrecker, § 748 Abs. 3 ZPO[2], wobei letzterem alle Einwendungen des Erben zur Verfügung stehen. Die beiden Urteile gegen Testamentsvollstrecker und Erbe begründen wechselseitig keine Rechtskraft[3]. 132

– **Gerichtsstand** für Passivprozess: § 27 ZPO oder allgemeiner Gerichtsstand des Testamentsvollstreckers[4]. 133

– Eigengläubiger des Erben haben bei Testamentsvollstreckung keinen Zugriff auf den Nachlass, § 2214 BGB. 134

9. Herausgabe des Nachlasses

a) Herausgabe während der Testamentsvollstreckung

Allgemeiner Beratungshinweis: Es wurde schon an verschiedenen Stellen dieses Kapitels betont, dass das Testamentsvollstreckeramt primär die Übernahme von Pflichten bedeutet und durchaus mit Risiken verbunden ist. Diese kann der Testamentsvollstrecker minimieren, wenn er Nachlassgegenstände vorzeitig dem Erben überlässt, was oft auch entstandene Spannungen mit diesem löst. Vor dem Ende der Testamentsvollstreckung sind zwei Herausgabemodalitäten zu unterscheiden: diejenige auf Verlangen des Erben und die freiwillige. 135

Auf **Verlangen** des Erben muss Herausgabe erfolgen, wenn der Testamentsvollstrecker des Gegenstands zur Erfüllung seiner Obliegenheiten nicht mehr bedarf, § 2217 Abs. 1 Satz 1 BGB. Keine Herausgabepflicht besteht jedoch bei der Auseinandersetzungsvollstreckung[5], bei Verwaltungsvollstreckung ist Herausgabe sogar unzulässig. Benötigt werden können zum Beispiel Geld zur Erfüllung von Nachlassverbindlichkeiten oder Gegenstände, auf die sich Teilungsanordnungen, Vermächtnisse oder Auflagen beziehen. Der berechtigte 136

1 MüKo/*Zimmermann*, § 2213 BGB Rz. 10.
2 Daher unrichtig OLG Dresden v. 6.3.2003 – 7 W 1517/02, ZEV 2003, 289.
3 *Bengel/Reimann/Mayer*, V Rz. 389.
4 MüKo/*Zimmermann*, § 2213 BGB Rz. 17.
5 A.A. für letztere: RGRK/*Kregel*, § 2217 BGB Rz. 2.

Herausgabeanspruch ist abtretbar und pfändbar[1]. Der Anspruch kann geltend gemacht werden von allen Miterben zusammen, aber auch von einem Erben allein (auf Leistung an die Erbengemeinschaft)[2].

137 ➲ **Beratungssituation:** Der Testamentsvollstrecker erkennt den Herausgabeanspruch des Erben an, macht jedoch wegen seines Testamentsvollstreckerhonorars ein Zurückbehaltungsrecht geltend. Berechtigterweise?

Ja, denn es handelt sich um dasselbe Rechtsverhältnis (aber str.)[3].

Verliert der Testamentsvollstrecker einen Rechtsstreit um die Herausgabe, trägt der Nachlass die **Kosten**[4].

138 **Folgen** der Freigabe:

- Der Testamentsvollstrecker verliert das Verwaltungsrecht.
- Eigengläubiger des Erben haben auf den Gegenstand Zugriff.
- Bei Freigabe eines Grundstücks ist der Testamentsvollstreckervermerk zu löschen (Antragsrecht: Erbe und Testamentsvollstrecker. Freigabenachweis bedarf der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO).

139 ➲ **Beratungssituation:** Der Erbe verlangt vom Testamentsvollstrecker die Herausgabe von Zinserträgen, weil er sie zur Zahlung von Einkommensteuer benötigt.

Der Anspruch ist begründet, weil die Herausgabe in diesem Fall ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht. Das ist nach h.M. jedoch keine Frage des § 2217, sondern des § 2216 Abs. 1 BGB[5]. § 2217 BGB dient aber insofern als Maßstab, als **Nutzungen** dann herauszugeben sind, wenn sie der Testamentsvollstrecker nicht benötigt (etwa zur Bildung von Rücklagen).

➲ **Beratungshinweis:** Erfahrungsgemäß liegt in dieser Thematik Zündstoff, so dass sich bereits im Testament konkretere Regeln zur Handhabung der Nutzungen empfehlen, mindestens bei der Verwaltungsvollstreckung.

---

1 MüKo/*Zimmermann*, § 2217 BGB Rz. 5.

2 So auch *Muscheler*, ZEV 1996, 401; a.A. *Bengel/Reimann/Klumpp*, VI Rz. 176; Soergel/*Damrau*, § 2217 BGB Rz. 3; RGRK/*Kregel*, § 2217 BGB Rz. 3. Trotz der anderen Rechtsnatur des Verlangens sollte es aus praktischen Gründen wie die Fälle des § 2039 BGB behandelt werden.

3 Wie hier *Bengel/Reimann/Klumpp*, VI Rz. 175; *Muscheler*, ZEV 1996, 401, 402; MüKo/*Zimmermann*, § 2217 BGB Rz. 5; Palandt/*Edenhofer*, § 2217 BGB Rz. 3.

4 So auch *Bengel/Reimann/Klumpp*, VI Rz. 178; *Garlichs*, ZEV 1996, 447, 448 (4.2); a.A. MüKo/*Zimmermann*, § 2217 BGB Rz. 5; Soergel/*Damrau*, § 2217 BGB Rz. 3. Letzterer Auffassung ist nicht zu folgen, weil der Testamentsvollstrecker für den Nachlass, nicht für sich selber handelt. Das Risiko wäre nicht zumutbar. Anderes könnte dann gelten, wenn der Testamentsvollstrecker unterliegt, weil die Honorarforderung, mit der er ein Zurückbehaltungsrecht geltend macht, nicht besteht.

5 *Winkler*, Rz. 494.

Der mögliche Interessengegensatz zwischen dem Herausgabewunsch des Erben und dem Haftungsrisiko des Testamentsvollstreckers kann durch **Sicherheitsleistung** des Erben gemäß § 2217 Abs. 2 BGB gelöst werden[1].

Im Fall **irrtümlicher Freigabe** sollte der Testamentsvollstrecker seine Willenserklärung vorsorglich wegen Irrtums anfechten (im Einzelnen ist hier vieles streitig)[2]. Auf diese Weise schafft sich der Testamentsvollstrecker die besten Voraussetzungen für einen Rückgewährsanspruch.

Kann der Testamentsvollstrecker auch **freiwillig** und wirksam die Freigabe vollziehen? Ganz überwiegend wird dies bejaht, wenn der Erbe zustimmt, auch bei Widerspruch zum Erblasserwillen[3]. Problematisch ist dies, weil der Testamentsvollstrecker eingesetzt wurde, um diesen letzten Willen zur Geltung zu bringen, weshalb im Hinblick auf § 2205 Satz 3 BGB z.T. auch von der dinglichen Unwirksamkeit ausgegangen wird (Schenkungsverbot!)[4]. In der Praxis wird sich jedoch meistens niemand finden, der die Freigabe rügt. Will der Erblasser sie ausschließen, muss er im Testament Daumenschrauben ansetzen. Beispiele: Eintritt eines Nacherbfalls oder Belastung des Erben mit einem Vermächtnis für den Fall der Missachtung des Erblasserwillens. Am effizientesten wäre eine Verfügung, wonach der Testamentsvollstrecker sein Amt verliert, wenn er unzulässigerweise freigibt. Effizient deshalb, weil eine solche Bedingung im Testamentsvollstreckerzeugnis vermerkt würde[5]. 140

b) Herausgabe am Ende der Testamentsvollstreckung

Ist die Aufgabe des Testamentsvollstreckers beendet, muss er den ganzen Nachlass an den Erben oder einen Testamentsvollstreckernachfolger herausgeben, inklusive etwaiger Geschäftsanteile, Surrogate, Nutzungen, Früchte und Unterlagen[6]. Wegen der Honoraransprüche besteht auch hier ein Zurückbehaltungsrecht. 141

➲ **Beratungshinweis:** Um sich nicht gegenseitig zu blockieren, was in der Praxis immer wieder geschieht, sollte Zug-um-Zug erfüllt werden. Denkbar ist auch eine Hinterlegung. Verzug kann Schadenersatzforderungen gemäß § 2219 BGB begründen. **Verjährung** des Herausgabeanspruchs: 3 Jahre, wobei die zukünftige Rechtsprechung zu beachten sein wird, wonach die 30-jährige Frist des § 197 Abs. 1 BGB wegen ähnlicher Interessenlage u.U. auf den Herausgabeanspruch gegen den Testamentsvollstrecker ausgedehnt wird.

1 Zu den Arten der Sicherheitsleistung s. *Bengel/Reimann/Klumpp*, VI Rz. 205 ff.
2 Zum Meinungsstand vgl. *Bengel/Reimann/Klumpp*, VI Rz. 189 ff.
3 BGH v. 18.6.1971 – V ZB 4/71, NJW 1971, 1805; *Winkler*, Rz. 501 ff.
4 *Muscheler*, ZEV 1996, 401, 405.
5 Vgl. dazu *Bengel/Reimann/Klumpp*, VI Rz. 215 ff.
6 BGH v. 28.6.1972 – IV ZR 118/71, NJW 1972, 1660.

10. Besonderheiten bei der Verwaltungsvollstreckung

142 Den Verwaltungs- oder Dauervollstrecker (zur maximalen Amtszeit s. § 2210 BGB) treffen im Kern dieselben Pflichten wie den Abwicklungsvollstrecker. Der längere Zeitraum der Entmachtung bedingt jedoch ein besonderes Bedürfnis des Erben nach Information. Daher muss der Testamentsvollstrecker, wenn nicht der Erbe verzichtet, **jährlich** Rechnung legen, § 2219 Abs. 2 BGB, selbst wenn es sich nur um eine (sich hinziehende) Abwicklungsvollstreckung handelt.

143 Was verlangt die jährliche Rechnungslegung?

- Der Erbe muss sich von der Rechnungslegungsperiode ein klares Bild machen können.
- Das beinhaltet die Zulässigkeit von Bezugnahmen auf frühere Rechnungslegung, falls keine Änderung eingetreten ist.
- Der jährliche Status hat Aufschluss zu liefern über Entwicklung und Ergebnis des Vermögens. Streitig ist der Mindestumfang der Darlegungen. Die Forderung nach lückenloser Auflistung aller Einnahmen und Ausgaben ist überzogen[1]. Die jährliche Rechnungslegung darf sich von der Schlussabrechnung unterscheiden, eine Übersicht, die Positionen zusammenfasst (Immobilien sollten allerdings getrennt aufgeführt werden) und einen (natürlich richtigen) Gesamtüberblick ermöglicht, genügt[2]. Der Testamentsvollstrecker soll nach dem Willen des Erblassers den Nachlass beherrschen und auch vor Schikanen des Erben geschützt sein.
- Im eigenen Interesse und mit Blick auf die Schlussabrechnung wird der Testamentsvollstrecker jedoch ohnehin die Einnahmen und Ausgaben auflisten, so dass die Aushändigung an den Erben in der Regel keinen nennenswerten Zusatzaufwand erfordert.
- Die Rechnungslegung muss aber mindestens so detailliert sein, dass der Erbe seine Steuererklärung korrekt abgeben kann.
- Bei **Unternehmen** genügt ein Bezug auf den Jahresabschluss (Bilanz: §§ 266–274 HGB, Gewinn- und Verlustrechnung: §§ 275–277 HGB; Einnahme-Überschussrechnung: § 4 Abs. 3 EStG).
- Abgesehen vom ersten Rumpfjahr muss der Testamentsvollstrecker das Kalenderjahr als **Rechnungslegungsperiode** wählen.
- Bei der **Frist** zur Rechnungslegung ist darauf zu achten, dass dem Erben ausreichend Zeit verbleibt, die Rechnungslegung bei seiner Einkommensteuererklärung zu berücksichtigen (beachte: §§ 149 Abs. 2 AO, 264 HGB).
- Den Anspruch auf jährliche Rechnungslegung kann jeder Miterbe geltend machen (aber nur Leistung an die Erbengemeinschaft).

---

1 So jedoch *Bengel/Reimann/Klumpp*, VI Rz. 297 ff.; *Möhring/Beisswingert/Klingelhöffer*, G V 10.

2 So auch RG v. 16.7.1936 – IV 97/36, WarnR 1936, Nr. 159; Soergel/*Damrau*, § 2218 BGB Rz. 7; *Winkler*, Rz. 483.

➲ **Beratungshinweis:** Bei der Abwicklungsvollstreckung sollte der Testamentsvollstrecker zur Vermeidung doppelter Rechnungslegung anstreben, die Vollstreckung innerhalb des ersten Jahres abzuschließen.

➲ **Beratungshinweis:** Um nicht dem (ggf. sehr unterschiedlichen) Begehren einzelner Miterben ausgesetzt zu sein, sollte der Testamentsvollstrecker darauf drängen, dass die Erben einen gemeinsamen Vertreter bestimmen, der die Auskunftsrechte gegenüber dem Testamentsvollstrecker geltend macht. Schon der Erblasser könnte dies bereits im Testament anregen, wenn auch nicht verbindlich bestimmen[1].

XIII. Nachlassverwaltung und Nachlassinsolvenzverfahren

1. Nachlassverwaltung

144 Ordnungsmäßige Verwaltung umfasst das Recht und ggf. die Pflicht des Testamentsvollstreckers, Nachlassverwaltung zu beantragen. **Zuständigkeit:** Nachlassgericht (Rechtspfleger), §§ 1981, 1962 BGB. **Antragsvoraussetzungen:** an sich keine, insbesondere nicht Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung. Aber: Der Antrag ist unzulässig, wenn

- der Erbe bereits unbeschränkt haftet, § 2013 Abs. 1 Satz 1 BGB,
- der Nachlass bereits geteilt ist, § 2062 Satz 2 BGB,
- es sich um einen Erbteil handelt, § 2062 Satz 1 BGB.

Der Antrag auf Nachlassverwaltung kann mangels Masse abgelehnt werden, § 1982 BGB.

Für den Antrag eines Gläubigers gilt § 1981 Abs. 2 BGB.

➲ **Beratungshinweis:** Antrag auf Nachlassverwaltung empfiehlt sich besonders bei unübersichtlichen Nachlässen.

Die Anordnung der Nachlassverwaltung wird wirksam mit der Benachrichtigung der Erben, § 40 FamFG. Der Antrag auf Anordnung unterliegt nicht der Gläubigeranfechtung[2].

Antragsberechtigt sind neben dem Testamentsvollstrecker und dem Erben der Erbschaftskäufer und der Nacherbe[3].

Auch der Testamentsvollstrecker kann Nachlassverwalter sein, die Testamentsvollstreckung bleibt während der Nachlassverwaltung bestehen. Das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers ruht, aber er kann die Nachlassverwaltung überwachen und geeignete Anträge zum Nachlassgericht stellen[4].

1 *Bengel/Reimann/Klumpp*, VI Rz. 316.
2 Palandt/*Edenhofer*, § 1981 BGB Rz. 2.
3 Palandt/*Edenhofer*, § 1981 BGB Rz. 3.
4 *Bengel/Reimann/Schaub*, IV Rz. 278.

Wirkung der Nachlassverwaltung: Die Haftung des Erben für Nachlassverbindlichkeiten ist auf den Nachlass beschränkt, § 1975 BGB. Diese wichtige Entlastungsmöglichkeit des Erben muss der Testamentsvollstrecker unbedingt im Auge behalten. (Näheres s. C V Rz. 104 ff.)

2. Nachlassinsolvenzverfahren

145 Die gesetzlichen Regelungen finden sich in den §§ 1975, 1980 BGB, 31, 315 ff. InsO. Der Testamentsvollstrecker darf und muss das Verfahren beantragen (bei Vollstreckerkollegium alle), wenn Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung des Nachlasses vorliegen. Keine Antragspflicht besteht, wenn der Erbe bereits unbeschränkt haftet, es verbleibt jedoch ein Antragsrecht. Bei Verletzung der Pflicht ist der Testamentsvollstrecker nicht nur gegenüber dem Erben (§ 2219 BGB), sondern auch gegenüber den Gläubigern **schadenersatzpflichtig** (§ 1980 BGB), wobei die auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis der genannten Voraussetzungen genügt, § 1980 Abs. 2 BGB. Zu den Tatbestandsvoraussetzungen für Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung vgl. die einschlägige Rechtsprechung und Literatur zu den §§ 1975, 1980 BGB. Kein Insolvenzverfahren ist möglich über einen Erbteil, § 316 Abs. 3 InsO. Gegenstand des Verfahrens sind ausschließlich Nachlassverbindlichkeiten, § 325 InsO. Gerichtliche **Zuständigkeit**: § 315 InsO. **Wirkung** des Verfahrens: Haftungsbeschränkung auf den Nachlass, § 1975 BGB. Auch der Testamentsvollstrecker kann Insolvenzverwalter sein. Sein Verwaltungsrecht als Testamentsvollstrecker ruht während des Insolvenzverfahrens. (Näheres s. C V Rz. 115 ff.)

Wird in einem eröffneten Insolvenzverfahren der Geschäftsbetrieb eingestellt und das Vermögen liquidiert, so ist die Aufgabe des Dauertestamentsvollstreckers erledigt[1].

Bei Insolvenz des Erben fällt ererbtes Vermögen zwar in die Insolvenzmasse, während der Testamentsvollstreckung können aber weder der Insolvenzverwalter noch Erbengläubiger auf dieses Sondervermögen zugreifen[2].

XIV. Testamentsvollstrecker und Steuern

1. Eindringliche Warnung

146 Die Steuern zählen für den Testamentsvollstrecker zu den gefährlichsten Bereichen, einer der Gründe, warum er die Testamentsvollstreckung stets baldmöglichst zum Ende bringen sollte, denn mit fortschreitender Zeit wächst das Steuerrisiko. Grund für die Warnung: Der Testamentsvollstrecker haftet für fehler- und schuldhafte Amtsführung nicht nur auf Schadenersatz, sondern auch für einen Teil der Steuern, die an sich den Erben treffen, persönlich (das gilt auch bei einer bloßen Vermächtnisvollstreckung)[3]. Schon hier daher

1 OLG Hamm v. 11.4.2002 – 15 W 440/00, ZEV 2003, 27.
2 BGH v. 11.5.2006 – IX ZR 42/05, ZEV 2006, 405.
3 FG München v. 23.8.2000 – 4 K 3723/97, ZEV 2001, 287; vgl. dazu *Piltz*, ZEV 2001, 262.

folgender **Beratungshinweis**: Um die Steuern zahlen zu können, muss der Testamentsvollstrecker unbedingt Masse zurückhalten. Weiterer **Hinweis**: Ist sich der Testamentsvollstrecker steuerrechtlich seiner Sache nicht sicher, weil er selber nicht Steuerexperte ist, muss er sich entsprechend beraten lassen. Bei Angemessenheit trägt die Kosten hierfür der Nachlass. Das Blättern in steuerrechtlicher Literatur genügt nicht. Steuerfallen lauern überall, auch dort, wo man sie nicht erwartet, z.B. bei den tückischen einkommensteuerlichen Folgen eines Erbfalls. Der Testamentsvollstrecker darf sich nicht allein auf seine Vernunft verlassen, denn eines der Hauptkennzeichen unseres Steuerrechts ist dessen **Irrationalität**. Ein Handbuch kann nur einige grundlegende Hinweise geben. Primäre Aufgabe ist, das Problembewusstsein des Testamentsvollstreckers zu schärfen. Wenn die folgenden Ausführungen bewirken, dass sich der Testamentsvollstrecker steuerlich beraten lässt, so liegt darin für ihn schon ein großer Gewinn.

2. Drei Phasen des Entstehens von Steuerschulden

Um in groben Zügen für den Testamentsvollstrecker darstellen zu können, welche die wesentlichen, von ihm zu beachtenden Steuerregeln sind, empfiehlt sich eine Gliederung nach dem Zeitpunkt des Entstehens der Steuer, nämlich 1. vor dem Erbfall, 2. durch den Erbfall und 3. nach dem Erbfall.

a) Vor dem Erbfall entstehende Steuern

➲ **Beratungssituation:** Einzige Aufgabe des Testamentsvollstreckers laut Testament ist die Verwaltung einer vermächtnisweise zugewendeten Immobilie. Ist er für die Steuer auch des Erben zuständig?

147 Nein, denn die Steuerpflichten des Testamentsvollstreckers richten sich nach seinen zivilrechtlichen Kompetenzen, ein Grundsatz, der für die Steuern aller drei genannten Entstehungszeitpunkte gilt. Bestanden die Steuerschulden bereits beim Tod des Erblassers, handelt es sich um Nachlassverbindlichkeiten, **Schuldner** ist der Erbe, zu **begleichen** hat sie der Testamentsvollstrecker aus den Nachlassmitteln, § 34 AO[1], umgekehrt macht er auch etwaige Erstattungsansprüche geltend[2]. Hat der Erblasser **Wahlrechte** noch nicht ausgeübt, tut dies der Testamentsvollstrecker, bei welcher Steuerart auch immer, am besten in Abstimmung mit dem Erben. Bei der Einkommensteuer des Erblassers gilt ein Schnitt zum Todestag: Seine Einkünfte werden mit denen des Erben nicht zusammengezählt[3].

Die Pflicht zur **Steuererklärung** (falls noch nicht vom Erblasser erledigt), trifft den Testamentsvollstrecker. Stellt er fest, dass eine Steuererklärung des Erblassers falsch ist, muss er, wenn die Festsetzungsfrist des § 169 AO noch läuft, gegenüber dem Finanzamt unverzüglich berichtigen, § 153 Abs. 1 AO (zum nachträglichen Wegfall von Vergünstigungen s. § 153 Abs. 2 AO). Von prakti-

1 BFH v. 30.9.1987 – II R 42/84, BStBl. 1988 II, 120.
2 *Bengel/Reimann/Piltz*, VIII Rz. 37.
3 *Bengel/Reimann/Piltz*, VIII Rz. 14.

scher Relevanz dürfte dies vor allem beim Auffinden heimlicher Schwarzkonten sein. Verletzung der Berichtigungspflicht bedeutet für den Testamentsvollstrecker zweierlei: 1. Straftat oder Ordnungswidrigkeit, §§ 370, 378 AO, 2. persönliche Haftung für die hinterzogene Steuer, § 71 AO.

148 **Adressat** der Steuerbescheide (betreffend Erblasserschulden) ist der Erbe[1], es sei denn, der Testamentsvollstrecker ist zum Empfang bevollmächtigt. Er erhält aber eine Ausfertigung. Ein noch an den Erblasser zugestellter Bescheid entfaltet keinerlei Wirkungen. **Rechtsbehelfe** kann, wenn nicht der Testamentsvollstrecker dazu bevollmächtigt wurde, nur der Erbe einlegen[2]. Die **Vollstreckung** hat gegenüber dem Testamentsvollstrecker zu erfolgen, §§ 265 AO, 748 Abs. 1 ZPO. Eine Einspruchsentscheidung zu einem Erbschaftsteuerbescheid ist nicht dem Testamentsvollstrecker, sondern dem Erben bekannt zu geben. Ausnahme: Der Testamentsvollstrecker hat den Einspruch als Bevollmächtigter des Erben eingelegt[3].

149 Zur **Haftung** für Erblassersteuerschulden:

➲ **Beratungssituation:** Der Testamentsvollstrecker hat den Nachlass überwiegend auseinander gesetzt. Das Finanzamt nimmt ihn, weil die Haftungsvoraussetzungen gegeben sind, wegen Steuerrückständen anstelle der Erben in Anspruch. Der Testamentsvollstrecker wendet ein, dass zunächst bei den Erben vollstreckt werden müsse.

Hier offenbart sich, in welcher Gefahr ein Testamentsvollstrecker schwebt. Liegen die Haftungsvoraussetzungen vor, wofür es nicht einmal vorsätzlicher, sondern nur grob fahrlässiger Pflichtverletzung bedarf (§ 69 AO), hat das Finanzamt die Wahl: Da der Testamentsvollstrecker neben dem Erben gesamtschuldnerisch haftet (§ 44 Abs. 1 AO), kann es ihn direkt in Anspruch nehmen und muss auch nicht (in Abweichung von der Haftungsschuldnerregel) zuvor einen Vollstreckungsversuch in das bewegliche Vermögen des Erben unternehmen, § 219 Satz 2 AO.

b) Durch den Erbfall entstandene Steuern

150 Das betrifft die **Erbschaftsteuer**[4]. Zum Katalog erbschaftsteuerpflichtiger Erwerbe s. § 3 ErbStG. **Steuerschuldner** ist der Erwerber (Erbe, Vermächtnisnehmer etc.). Soweit die Erbschaftsteuer ihrer Höhe nach von **Wahlrechten** abhängig ist (z.B. Anrechnung ausländischer Erbschaftsteuer, § 21 Abs. 1 ErbStG, oder Steuerklasse bei Nacherbschaft, §§ 6 Abs. 2 Satz 2, 7 Abs. 2 ErbStG), besitzt nur der Erwerber das Wahlrecht, nicht der Testamentsvollstrecker, es sei denn, Letzterer wurde bevollmächtigt[5]. Zur **Anzeige** des Er-

1 BdF-Schreiben v. 8.4.1991, Bekanntgabeerlass, BStBl. 1991 I, 398.
2 BFH v. 15.2.1978 – I R 36/77, BStBl. 1978 II, 491.
3 BFH v. 4.11.1981, BStBl. 1982 II, 262; FinMin. Saarland, Erl. v. 25.1.2001, B/5 – 2 – 43/2001 – 3843, ZEV 2001, 270.
4 Einzelheiten s. *Tolksdorf/Simon*, ErbStB 2008, 336 u. 360.
5 *Moench*, § 31 ErbStG Rz. 10.

werbs an das Finanzamt ist nur der Erwerber verpflichtet, die **Erbschaftsteuererklärung** muss jedoch der Testamentsvollstrecker abgeben, § 31 Abs. 5 ErbStG, allerdings nur für die Personen, deren von Todes wegen erworbenes Vermögen er verwaltet[1]. Das ist von hoher praktischer Bedeutung, der folgenden Beratungssituation entsprechend:

➲ **Beratungssituation:** Der Erblasser setzt seine Ehefrau und seine Tochter zu Erben zu je ein Halb ein. Der Sohn erhält als Vermächtnis die Gewerbeimmobilie, für die zehn Jahre lang ein Verwaltungstestamentsvollstrecker eingesetzt wird.

Der Testamentsvollstrecker ist hier nur für die Immobilie zuständig, muss also auch nur für den Sohn eine Erbschaftsteuererklärung abgeben (auch für die Abgabe der Feststellungserklärung im Rahmen einer Grundstücksbewertung ist er zuständig[2]). Nach einer Entscheidung des BFH aus dem Jahre 1990 ist der Testamentsvollstrecker im Grundsatz auch nur für die Erbschaftsteuererklärung der Erben zuständig, nicht z.B. für die von Vermächtnisnehmern[3].

Im Rahmen seiner zivilrechtlichen Zuständigkeit erfolgt die **Bekanntgabe des Erbschaftsteuerbescheids** an den Testamentsvollstrecker, mit Wirkung für und gegen den Erwerber. Erfolgte sie außerhalb der Zuständigkeit des Testamentsvollstreckers, zeitigt der Bescheid keine Wirkung. Da allein der Erwerber zur Einlegung von **Rechtsbehelfen** berechtigt ist, muss der Testamentsvollstrecker ihm den Bescheid sofort mitteilen. Geschieht das nicht und wird die Frist versäumt, hat der Erwerber einen Wiedereinsetzungsanspruch, § 110 AO (Einjahresfrist!).

➲ **Beratungshinweis:** Zwecks Vermeidung von Abstimmungsschwierigkeiten ist an eine Steuervollmacht für den Testamentsvollstrecker zu denken.

Zur **Zahlungspflicht** und **Haftung** des Testamentsvollstreckers: 151

Der Erwerber ist zwar persönlicher Steuerschuldner, zahlen aber muss die Steuer auch der Testamentsvollstrecker, § 32 Abs. 1 ErbStG. Bis zur Auseinandersetzung haftet der Nachlass, § 20 Abs. 3 ErbStG. Das Finanzamt kann gegen den Testamentsvollstrecker zunächst einen Steuerbescheid mit der Aufforderung zur Zahlung, bei Nichtzahlung auch einen Duldungsbescheid mit dem Ziel der Vollstreckung richten, § 77 Abs. 1 AO.

Aus der Pflicht, die Steuer aus dem Nachlass zu zahlen, kann für den Testa- 152
mentsvollstrecker eine **unbeschränkt persönliche Haftung** erwachsen, wenn der Steueranspruch des Finanzamts aufgrund vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Pflichtverletzung des Testamentsvollstreckers nicht erfüllt wird, §§ 69, 34 Abs. 3 AO. Es ergeht dann gegen ihn ein Haftungsbescheid (§ 191 Abs. 1 AO),

1 BFH v. 14.11.1990 – II R 58/86, BStBl. 1991 II, 52.
2 OFD Koblenz, Rdvfg. v. 25.1.2006, S. 3014 A – St 356, zit. in ZEV 2006, 311.
3 BFH v. 14.11.1990 – II R 58/86, BStBl 1991, 52; so auch *Kapp/Ebeling*, § 31 Rz. 19 und *Tolksdorf/Simon*, ErbStB 2008, 338.

was auch hier möglich ist, ohne zuvor beim Erwerber vollstreckt zu haben, § 219 Satz 2 AO. Allerdings muss zunächst die zuständige Berufskammer gehört werden, wenn es sich bei dem Testamentsvollstrecker um einen Rechtsanwalt, Patentanwalt, Notar, Steuerberater, Steuerbevollmächtigten, Wirtschaftsprüfer oder vereidigten Buchprüfer handelt, § 191 Abs. 2 AO.

Konsequenz aus allem: Der Testamentsvollstrecker muss vorsorglich Nachlassvermögen in angemessener Höhe zurückhalten.

➲ **Beratungssituation:** Der Erblasser hinterlässt erbschaftsteuerlich begünstigtes Betriebsvermögen. Der Testamentsvollstrecker setzt den Nachlass auseinander, die Testamentsvollstreckung endet. Da der Erbe den Betrieb nach drei Jahren veräußert, womit, da fünf Jahre hätten abgewartet werden müssen, nachträglich die Vergünstigung entfällt, verlangt jetzt das Finanzamt vom Testamentsvollstrecker persönlich nachträgliche Erbschaftsteuer.

Es wäre weder dem Testamentsvollstrecker noch dem Erben zumutbar, wenn Ersterer vorsorglich fünf Jahre lang Nachlassvermögen zurückhalten müsste. Eine soweit reichende Haftung ist daher zu verneinen[1]. Einvernehmlich könnten sich Erbe und Testamentsvollstrecker auf einen solchen Einbehalt natürlich verständigen.

➲ **Beratungshinweis:** Der Testamentsvollstrecker sollte den Erben über die Situation aufklären und ggf. auch das Finanzamt davon unterrichten, dass die Absicht bestehe, den gesamten Nachlass an den Erben auszukehren.

c) Nach dem Erbfall entstehende Steuern

153 **Beispiele:**

Es werden Einkünfte in Form von Zinsen aus Festgeldern oder Mieterträgen aus einer Wohnimmobilie erzielt. **Steuerschuldner** ist der Erbe. Führt der Testamentsvollstrecker ein **Einzelunternehmen**, gilt für die Einkommensteuer Gleiches, unabhängig davon, ob die Treuhand- oder Vollmachtlösung gewählt wurde (s. dazu u. Rz. 159 ff.)[2]. Bezüglich der Umsatzsteuer wird der Unternehmerstatus des Testamentsvollstreckers vom BFH bei der Vollmachtlösung verneint, bei der Treuhandlösung bejaht[3]. Auch bei **Personengesellschaften** sind nach ganz überwiegender Meinung nur die Erben Mitunternehmer, nicht der Testamentsvollstrecker, gleichgültig, ob letzterer als Treuhänder oder Bevollmächtigter agiert[4]. Das gilt für oHG-, Komplementär- oder Kommandit-

1 So auch *Bengel/Reimann/Piltz*, VIII Rz. 95.
2 *Bengel/Reimann/Piltz*, VIII Rz. 95 ff.; z.T. gilt bei der Treuhandlösung der Testamentsvollstrecker als Mitunternehmer, *Blümich/Stuhrmann*, § 15 EStG Rz. 150 (Folge: Das Testamentsvollstreckerhonorar ist gewerbesteuerpflichtig.).
3 BFH v. 11.10.1990 – V R 75/85, BStBl. 1991 II, 191.
4 BFH v. 1.6.1978 – IV R 36/73, BStBl. 1978 II, 499; BFH v. 25.2.1991 – GrS 7/89, BStBl. 1991 II, 691, 700.

anteile[1]. Bei **Kapitalgesellschaften** stellt sich das Thema von Treuhand oder Vollmacht wegen der beschränkten Haftung ohnehin nicht, der Testamentsvollstrecker ist dort nicht Unternehmer.

Ein besonderes Augenmerk sollte der Testamentsvollstrecker im Rahmen seiner Amtsführung auf die unangenehmen einkommensteuerlichen Konsequenzen folgender, meist im Testament unbedacht angelegter Vorgänge richten: 1. Wegfall der günstigen Voraussetzungen der Betriebsaufspaltung, 2. Entnahme eines Gegenstands aus dem Betriebsvermögen durch Zuweisung an betriebsfremde Personen mit der Folge der Auflösung stiller Reserven, 3. einkommensteuerauslösende Veräußerungen im Rahmen der Erbauseinandersetzung (seit der Bundesfinanzhof Erbfall und Erbauseinandersetzung auseinander gerissen hat[2]). 154

Die Pflicht zur Abgabe der **Steuererklärung** trifft den Erwerber, auch wenn der Testamentsvollstrecker ein Unternehmen fortführt. Eine Ausnahme bilden die sog. Betriebssteuern (Gewerbesteuer, Umsatzsteuer, Verbrauchssteuern in Herstellungsbetrieben, Versicherungssteuer). Hierfür ist der Testamentsvollstrecker verantwortlich[3]. Die **Steuerbescheide** werden an die Erwerber gerichtet. Allein sie sind im Grundsatz auch **rechtsbehelfsbefugt**. Ausnahme: Der Bescheid wurde zu Recht an den Testamentsvollstrecker gerichtet. Die Pflicht zur **Zahlung** trifft den Erwerber, nur die Betriebssteuern zahlt der Testamentsvollstrecker. Sorgt er dafür nicht, haftet er persönlich, § 69 AO. 155

3. Steuerliche Geltendmachung des Testamentsvollstreckerhonorars

Angemessene Testamentsvollstreckergebühren können vom erbschaftsteuerlichen Erwerb abgezogen werden, allerdings nicht die Gebühren einer Verwaltungsvollstreckung, § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG. Soweit die Gebühren unangemessen sind, handelt es sich zugunsten des Testamentsvollstreckers um ein Vermächtnis, welches nicht der Einkommen-, sondern der Erbschaftsteuer unterliegt[4]. 156

➲ **Beratungshinweis:** Will der Erblasser dem Testamentsvollstrecker etwas Gutes tun, belohnt er ihn zumindest teilweise mit einem steuergünstigeren Vermächtnis.

XV. Testamentsvollstreckung über ein Unternehmen

1. Kennzeichnung des Problems und Weg der Darstellung

Fehlt es an geeigneten Erben, die in die Unternehmerposition einrücken könnten oder sind sie zu jung oder zerstritten, dann bietet sich die Einsetzung 157

1 *Bengel/Reimann/Piltz*, VIII Rz. 102 ff.
2 BFH v. 5.7.1990 – GrS 2/89, BStBl. 1990 II, 837.
3 *Bengel/Reimann/Piltz*, VIII Rz. 143.
4 BFH v. 6.9.1990 – IV R 125/89, BStBl. 1990 II, 1028.

eines Testamentsvollstreckers an, woran sich jedoch zahlreiche Rechtsfragen anknüpfen. Ein Handbuch kann hierzu nur einen groben Überblick liefern. Es muss daher eine Beschränkung auf die mehr formalen Probleme erfolgen. Wie der Testamentsvollstrecker sein Amt ausfüllt, ist ohnehin primär eine Frage kaufmännischen und psychologischen Geschicks. Den Anforderungen der Praxis folgend wird hier versucht, im Grundlegenden Orientierung zu schaffen, was auch nötig ist, weil Rechtsprechung und Literatur die Theorie zum Teil auf die Spitze getrieben und die Praktikabilität der Lösungen vernachlässigt haben.

Das Kernproblem besteht in dem **Gegensatz** zwischen **Handelsrecht** und **Erbrecht**. Der Testamentsvollstrecker, der einen einzelkaufmännischen Betrieb oder einen Personengesellschaftsanteil verwaltet, verpflichtet nach handelsrechtlichen Bestimmungen den Gesellschaftserben notwendigerweise persönlich. Dem widerspricht jedoch § 2206 Abs. 1 Satz 1 BGB, wonach der Testamentsvollstrecker nur den Nachlass, nicht aber den Erben persönlich verpflichten kann. In dieser unklaren Situation verschafft sich der Leser am schnellsten einen Überblick, wenn zunächst zwischen Abwicklungs- und Verwaltungsvollstreckung, sodann zwischen den einzelnen Unternehmensformen unterschieden wird.

2. Der Abwicklungsvollstrecker

158 Die Abwicklungsvollstreckung ist relativ unproblematisch, denn man ist sich weitgehend darüber einig, dass die reine Abwicklungsvollstreckung, handele es sich um eine Einzelfirma oder einen Personengesellschaftsanteil (für GmbH-Anteile und Aktien gilt dies ohnehin), zulässig ist, weil nur der Nachlass verpflichtet, also keine persönliche Haftung des Erben begründet wird. Gerechtfertigt wird dies mit der kurzen Zeitdauer der Verwaltung und damit, dass der Testamentsvollstrecker nicht eigentlich unternehmerisch, sondern als **Abwickler** handele[1]. Einer Zustimmung der anderen Gesellschafter bedarf die Abwicklungsvollstreckung nicht, es sei denn, es geht um die Ausübung der Beteiligungsrechte selbst, das heißt der gesellschaftsvertraglichen Kernrechte, zum Beispiel über Gesellschafts- oder Gewinnanteil[2]. Dies alles gilt auch für Kommanditanteile. Bei Personengesellschaften entfällt übrigens die Pflicht des Testamentsvollstreckers zur **Auseinandersetzung** des Nachlasses in Form der Anteilsübertragung wegen des Prinzips der Sondernachfolge[3].

➲ **Beratungshinweis:** Was die Person des Nachfolgers betrifft, muss der Erblasser sein Testament unbedingt mit dem Gesellschaftsvertrag abstimmen.

1 *Winkler*, Rz. 295; *Brandner*, Das einzelkaufmännische Unternehmen unter Testamentsvollstreckung, FS Stimpel, 1985, S. 991.
2 *Bengel/Reimann/Mayer*, V Rz. 174 ff.
3 *Winkler*, Rz. 295.

3. Der Verwaltungsvollstrecker

➲ **Beratungssituation:** Der Mandant ist Inhaber der Einzelfirma X. Da sich seine Kinder gänzlich der Muse zugewandt haben und über keinerlei kaufmännische Talente verfügen, möchte er das Unternehmen unter Verwaltungstestamentsvollstreckung stellen. Wie ist das Testament zu formulieren?

a) Einzelkaufmännisches Unternehmen

Nach noch h.M.[1] ist Verwaltungsvollstreckung (im Gegensatz zur Veräußerung[2]) hier unzulässig. Begründung: s. Rz. 157. 159

Wegen der praktischen Bedürfnisse wurden jedoch Auswege konstruiert, die der Erblasser gehen kann, wobei er, wenn er mehrere Varianten aufführt, verfügen sollte, dass die Wahl dem Testamentsvollstrecker überlassen bleibt[3].

aa) Vollmachtlösung

Der Testamentsvollstrecker führt das Geschäft im fremden Namen (was er deutlich machen sollte) als Vertreter des Erben, der ihn dazu unwiderruflich bevollmächtigen muss[4]. Der Erblasser bewirkt die Bevollmächtigung im Testament durch **Bedingung** oder **Auflage**. Folge der Vollmacht: Der Erbe kann (abweichend von § 2206 BGB) persönlich verpflichtet werden. Bezüglich der **Altverbindlichkeiten** gelten die §§ 25, 27 HGB. Ins **Handelsregister** wird der Erbe eingetragen, der dies auch beantragen muss[5]. 160

Formulierungsvorschlag

Testament (Vollmachtlösung)

Ich verfüge Testamentsvollstreckung. Sie erstreckt sich auf meine Einzelfirma X. Testamentsvollstrecker ist Rechtsanwalt Weber, Rosental 10, München. Die Testamentsvollstreckung umfasst das Betriebsvermögen inklusive Sonderbetriebsvermögen. Der Testamentsvollstrecker handelt als Bevollmächtigter der Erben in ihrem Namen und mit ihrer persönlichen Haftung. Den Erben erteile ich die vom Testamentsvollstrecker zu vollziehende Auflage, die entsprechende Bevollmäch-

1 *Bengel/Reimann/Mayer*, V Rz. 119; Staudinger/*Reimann*, § 2205 BGB Rz. 91; Palandt/*Edenhofer*, § 2205 BGB Rz. 7; *Zimmermann*, Die Testamentsvollstreckung, Rz. 493; OLG Düsseldorf v. 24.9.2007 – I 9 U 26/07, ZEV 2008, 142.

2 § 2205 BGB; s. dazu *Werkmüller*, ZEV 2006, 491.

3 Zur Stellung der Geschäftsneugläubiger bei treuhänderischer Testamentsvollstreckung und zur Haftung des Vermächtnisnehmers bei einem unter echter Testamentsvollstreckung stehenden, vermächtnisweise erworbenen Einzelunternehmen s. *Goebel*, ZEV 2003, 261.

4 RG v. 10.1.1944 – II 103/43, RGZ 172, 199, 205; BGH v. 18.1.1954 – IV ZR 130/53, NJW 1954, 636; BGH v. 27.3.1961 – II ZR 294/59, NJW 1961, 1304.

5 Palandt/*Edenhofer*, Rz. 11 zu § 2205 BGB.

tigung vorzunehmen. Beschränkung der Haftung der Erben auf den Nachlass ist möglich, ebenso der Ausschluss unentgeltlicher Verfügungen. (Zum Schutz des Testamentsvollstreckers ließe sich hinzufügen: Der Testamentsvollstrecker hat gegen die Erben einen Befreiungsanspruch in Bezug auf die ordnungsgemäß eingegangenen Geschäftsverbindlichkeiten, für die er selber haftet.)

Die Testamentsvollstreckung endet zehn Jahre nach meinem Tod. Zugleich erlischt die Vollmacht.

Nachteil der Vollmachtlösung: Der Erbe kann zur Erteilung der Vollmacht nicht gezwungen werden. Auch der Weg über eine vom Erblasser bereits lebzeitig dem Testamentsvollstrecker erteilte postmortale Vollmacht dürfte nicht weiterführen, da sie unwiderruflich sein müsste, was jedoch wegen Erbenbenachteiligung überwiegend als unzulässig betrachtet wird[1].

bb) Treuhandlösung

161 Hier tritt der Testamentsvollstrecker im eigenen Namen auf, das heißt als Inhaber des Handelsgeschäfts, nicht als Vertreter. Er selbst wird ins Handelsregister eingetragen. Ist er Eigentümer des Betriebsvermögens (was er per In-sich-Geschäft bewirken kann), handelt es sich um **Vollrechtstreuhand**, andernfalls um **Verwaltungs-** oder **Ermächtigungstreuhand**. Bewirkt wird das Treuhandverhältnis auch hier durch letztwillige Verfügung (Bedingung, Auflage, s. Rz. 158). Da der Testamentsvollstrecker nach außen nicht beschränkbar persönlich haftet, besitzt er gegen die Erben im Rahmen ordnungsmäßiger Verwaltung einen Befreiungsanspruch, §§ 2218, 670 BGB, was auch im Testament festgehalten werden sollte. Die Erben wiederum können ihre Haftung im Verhältnis zum Testamentsvollstrecker auf den Nachlass beschränken[2].

Formulierungsvorschlag

Testament (Treuhandlösung)

Ich verfüge Testamentsvollstreckung. Sie erstreckt sich auf meine Einzelfirma X. Testamentsvollstrecker ist . . . Er handelt in Bezug auf die Firma als Treuhänder im eigenen Namen, jedoch für Rechnung der Erben. Es handelt sich um Verwaltungstreuhand, die Erben bleiben Eigentümer des Betriebsvermögens. Per Auflage, die vom Testamentsvollstrecker vollzogen werden kann, verpflichte ich die Erben, alles zu tun, damit dem Testamentsvollstrecker die Treuhandstellung eingeräumt wird. Im Innenverhältnis zu den Erben wird er von seiner nach außen

1 *Winkler*, Rz. 311, der jedoch Wege weist, die Vollmacht faktisch als unwiderruflich zu gestalten.

2 *Tanck/Kerscher/Krug*, Testamente, 1999, § 18, Rz. 130.

bestehenden unbeschränkten Haftung freigestellt, soweit er sich im Rahmen ordnungsgemäßer Verwaltung bewegt. Die Testamentsvollstreckung und das Treuhandverhältnis enden zehn Jahre nach meinem Tod.

Aber welcher Testamentsvollstrecker ist bereit, die persönliche Haftung gemäß § 128 HGB zu übernehmen?

cc) Beaufsichtigende Testamentsvollstreckung

Auch ohne auf die vorgenannten Ersatzlösungen zurückzugreifen, kann der Erblasser erreichen, dass der Erbe nicht ohne die Zustimmung des Testamentsvollstreckers verfügen kann und der Zugriff der Eigengläubiger der Erben auf das Betriebsvermögen ausgeschlossen ist, indem der Erblasser bestimmt, dass der Erbe nur mit Zustimmung des Testamentsvollstreckers über das zum Handelsgeschäft gehörende Vermögen verfügen kann[1]. 162

dd) Echte Testamentsvollstrecker-Lösung

Alle bisher genannten Ersatzlösungen erscheinen dogmatisch richtig, zeichnen sich jedoch durch Umständlichkeit und Praxisferne aus. Zu Recht wurde daher die Frage gestellt, ob es solcher Ersatzlösungen wirklich bedürfe. Dies wird von einigen Autoren auf zweierlei Wegen verneint: Die einen umgehen § 2206 BGB und räumen dem Testamentsvollstrecker das Recht ein, den Erben persönlich zu verpflichten[2]. Die anderen stehen zur eingeschränkten Verpflichtungsbefugnis des Testamentsvollstreckers und verneinen das handels- und gesellschaftsrechtliche Dogma einer gegenständlich unbeschränkten Haftung des Unternehmers oder Gesellschafters[3]. Für die erste Auffassung spricht, dass der Erblasser den Testamentsvollstrecker bewusst an die Stelle des Erben gesetzt hat und Letzterer in seiner Einzelfirma oder als persönlich haftender Gesellschafter ohne die Testamentsvollstreckung ebenfalls eine unbeschränkte persönliche Haftung begründen würde. Zugunsten der zweiten Auffassung lässt sich anführen, dass, wer sich mit einem Testamentsvollstrecker einlässt, weiß oder wissen müsste, dass dieser nur den Nachlass verpflichten kann[4]. 163

➲ **Beratungshinweis:** Vor diesem Hintergrund wäre dem Testamentsvollstrecker dringend zu empfehlen, bei Verhandlungen auf sein Amt zu verweisen.

Gegenüber den Ersatzlösungen ist diesen beiden Auffassungen der Vorzug zu geben. Welche von ihnen beiden nun wiederum vorzuziehen ist, hängt davon 164

1 *Bengel/Reimann/Mayer*, V Rz. 146.
2 *Einmahl*, AcP 160, 29, 36; *Marotzke*, JZ 1986, 457, 461.
3 *Baur*, Der Testamentsvollstrecker als Unternehmer, FS Dölle, 1963, I 249; MüKo/*Zimmermann*, § 2205 BGB Rz. 20 ff.; *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, 1994, 15 II 2b), S. 397 ff.
4 *Winkler*, Rz. 293a (S. 153).

ab, wie die Prioritäten zwischen Klarheit im Rechtsverkehr (spricht für unbeschränkte Haftung) oder Schutz des Erben (spricht für beschränkte Haftung) gesetzt werden. Wenn sich auch die Verwaltungsvollstreckung Jahrzehnte hinziehen kann und der Bezug zum Erblasser oft überhaupt nicht mehr erkennbar ist, es sich (vor allem in größeren Firmen) zudem als unpraktikabel erweist, die Rechtshandlungen aller Mitarbeiter immer ausdrücklich auf den Testamentsvollstrecker zu beziehen, sollte dennoch dem Schutz des Erben Vorrang gebühren. Wenn ihm nämlich einerseits durch die Testamentsvollstreckung das Verfügungsrecht entzogen ist, die Beziehung zum Testamentsvollstrecker zudem sehr negativ sein kann, nicht zuletzt, weil der Erbe den Testamentsvollstrecker für unqualifiziert hält (ihn aber dennoch nicht absetzen kann), so wäre es nicht zumutbar, sich dann auch noch einer persönlich unbeschränkten Haftung, ausgelöst durch Maßnahmen des Testamentsvollstreckers, ausgesetzt zu sehen.

Gemäß dieser „echten Testamentsvollstreckerlösung" ist der Erbe im Handelsregister einzutragen, jedoch mit zusätzlichem Testamentsvollstreckervermerk.

➲ **Beratungshinweis:** Da die „echte Testamentsvollstreckerlösung" noch eine Mindermeinung bildet, sollte der Erblasser in der letztwilligen Verfügung vorsorglich zur Vollmacht-, besser noch zur Treuhandlösung (oder zu beidem mit dem Wahlrecht des Testamentsvollstreckers) greifen.

b) Personengesellschaften

➲ **Beratungssituation:** Der Mandant ist Komplementär der Y-KG, außerdem gehört ihm eine Kommanditbeteiligung an der Z-KG. Aus den Gründen im vorigen Fall möchte er beides unter Testamentsvollstreckung stellen. Formulierung?

aa) OHG-Gesellschafter und KG-Komplementär

165 Einigkeit bezüglich der Zulässigkeit einer Testamentsvollstreckung besteht hier in viererlei Hinsicht:

1. Der Gesellschaftsanteil gehört zum Nachlass und kann aus **erbrechtlicher** (!) Sicht unter Testamentsvollstreckung gestellt werden[1].
2. Die Testamentsvollstreckung bedarf der Zustimmung der Mitgesellschafter (was bereits im Gesellschaftsvertrag erfolgen kann)[2].
3. Löst sich die Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters auf, kann der Anteil an der Abwicklungsgesellschaft vom Testamentsvollstrecker verwaltet werden.

---

1 BGH v. 3.7.1989 – II ZB 1/89, NJW 1989, 3152; zur Gesamtproblematik der Testamentsvollstreckung an Personengesellschaftsbeteiligungen s. *Everts*, MittBayNot. 2003, 427.

2 MüKo/*Zimmermann*, § 2205 BGB Rz. 34.

4. Gleiches gilt für den Abfindungsanspruch der Erben, wenn die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt wird (Fortsetzungsklausel).

Im Übrigen offenbart sich aber wieder der gleiche Streit wie bei der Einzelfirma, hier wegen der handelsrechtlich geforderten unbeschränkten persönlichen Haftung gemäß § 105 Abs. 1 HGB (OHG) und § 161 Abs. 1 HGB (Komplementär). Die h.M. fordert auch hier den Weg in die Ersatzlösungen[1] (Vollmacht oder Treuhand), der BGH dagegen lässt Verwaltungsvollstreckung nunmehr für die sog. „Außenseite" der Gesellschaft zu[2]. Hierzu zählen die laufenden Gewinnansprüche und ein Auseinandersetzungsguthaben. Folge: Der Anteil ist dem Zugriff von Eigengläubigern entzogen und der Gesellschafter bedarf zur Verfügung über seinen Anteil der Zustimmung des Testamentsvollstreckers. Nicht zugänglich ist nach dieser Meinung die „Innenseite", etwa das Stimmrecht, das Teilnahmerecht an Gesellschafterversammlungen, das Vertretungs- und Geschäftsführungsrecht sowie das Informations- und Kontrollrecht (auch nicht mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter), es sei denn, der Kernbereich der Mitgliedschaft ist nicht berührt (dann liegt die Kompetenz allein beim Testamentsvollstrecker)[3].

Die sog. „echte Testamentsvollstrecker-Lösung" dagegen lässt aus den oben genannten Gründen (s. Rz. 163) die Verwaltungsvollstreckung auch beim Gesellschaftsanteil des persönlich haftenden Gesellschafters zu, und zwar sowohl für die Außen-, als auch die Innenseite[4]. Auch bezüglich des Eingriffs in Mitgliedschaftsrechte sei der Gesellschafter-Erbe durch das Schenkungsverbot (§ 2205 Satz 3 BGB) hinreichend gesichert[5].

➲ **Beratungshinweis:** Da die Abgrenzung zwischen „Innen" und „Außen" schwierig ist und sich die „echte Testamentsvollstrecker-Lösung" noch in der Minderheit befindet, ist eine der Ersatzlösungen (s. Rz. 160, 161) zu empfehlen.

bb) Kommanditist

Da der Kommanditist nur mit der Einlage haftet, hat der BGH Verwaltungsvollstreckung über den Kommanditanteil für zulässig erklärt[6]. Die Mitgesellschafter müssen allerdings zustimmen (im Gesellschaftsvertrag oder nach dem Erbfall). Nach h.M. kann der Testamentsvollstrecker trotz der BGH-Entscheidung nicht in den Bestand der Beteiligung als solche eingreifen, d.h. weder der Anteil selbst noch der Gewinnanteil dürfen geschmälert, ebenso wenig dürfen die Haftung verschärft, noch der Gesellschaftsvertrag geändert 166

1 *Bengel/Reimann/Mayer*, V Rz. 120 ff. u. 129 ff.
2 BGH v. 10.1.1996 – IV ZB 21/94, ZEV 1996, 110.
3 *Bengel/Reimann/Mayer*, V Rz. 158 ff., 174 ff.
4 MüKo/*Zimmermann*, § 2205 BGB Rz. 22; *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, § 19 III, S. 549 ff.
5 MüKo/*Brandner*, 3. Aufl., § 2205 BGB Rz. 35a.
6 BGH v. 3.7.1989 – II ZB 1/89, NJW 1989, 3152; zur „Testamentsvollstreckung an Personengesellschaftsbeteiligungen" s. insbes. *Everts*, MittBayNot. 2003, 427.

werden[1]. Anders auch hier die „echte Testamentsvollstrecker-Lösung“[2], s. Rz. 161.

Formulierungsvorschlag

Testamentsmuster

Für meine Beteiligung an der Z-KG verfüge ich Verwaltungstestamentsvollstreckung (vorgesehen in § 6 des Gesellschaftsvertrages). Sie endet zehn Jahre nach meinem Tod. Die Verwaltung liegt im billigen Ermessen des Testamentsvollstreckers, den ich hiermit entsprechend bevollmächtige. Die Vollmacht erstreckt sich auf die vermögens- und mitgliedschaftlichen Rechte und auf alle meine Kapitalkonten sowie sonstigen Konten, zum Beispiel Darlehenskonten. Dem Testamentsvollstrecker obliegt auch das Stimmrecht. Soweit Maßnahmen der Zustimmung der Erben bedürfen, erlege ich ihnen auf, ihm die Ausübung aller Gesellschafterrechte zu ermöglichen, soweit rechtlich zulässig. Ausnahme: Maßnahmen, die eine persönliche Haftung der Erben bewirken oder eine Pflicht zur Erhöhung der Hafteinlage oder die Haftung nach § 172 Abs. 4 HGB wiederaufleben lassen. Der Testamentsvollstrecker ist von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Widerruft einer meiner Erben ohne wichtigen Grund die Vollmacht oder erfüllt er vorgenannte Auflage nicht, hat er seine Beteiligung sofort an die anderen Erben im Verhältnis ihrer Erbquoten zu übertragen. Der Testamentsvollstrecker hat für die Erfüllung dieses Vermächtnisses zu sorgen.

c) GbR-Anteil und stille Gesellschaft

167 Für eine Verwaltungsvollstreckung über einen **GbR-Anteil** gilt im Wesentlichen das Gleiche, was bisher zum persönlich haftenden Gesellschafter dargelegt wurde, s. Rz. 163 ff. Die **stille Gesellschaft** begründet nur schuldrechtliche Beziehungen, so dass Verwaltungsvollstreckung unbeschränkt zulässig ist[3].

d) GmbH-Anteil

➲ **Beratungssituation:** Der Testamentsvollstrecker will aus Mitteln des von ihm verwalteten Nachlasses eine GmbH, an der sich der Erbe beteiligt, gründen. Darf er dies?

168 GmbH-Anteile sind **vererblich**, § 15 Abs. 1 GmbHG (keine Sondererbfolge, so dass auch eine Erbengemeinschaft in einen Anteil nachfolgen kann). Verwaltungsvollstreckung an einem GmbH-Anteil ist zulässig. Sie bedarf keiner Zu-

1 *Tanck/Kerscher/Krug*, Testamente, § 18, Rz. 150.
2 MüKo/*Zimmermann*, § 2205 BGB Rz. 22.
3 *Bengel/Reimann/Mayer*, V Rz. 216 ff., 222 ff.

stimmung der Mitgesellschafter, kann aber durch die Satzung ausgeschlossen sein[1]. Der Testamentsvollstrecker verdrängt im Rahmen der Verwaltungsvollstreckung den Erben, ggfls. auch in der **Geschäftsführung**, wenn eine solche mit dem Anteil verbunden ist. Der Testamentsvollstrecker kann den Erben auch zu Nachschüssen verpflichten, bei der Eingehung von Verbindlichkeiten zulasten des Erben muss jedoch stets die Haftung auf den Nachlass beschränkt bleiben[2]. **Verwaltung** durch den Testamentsvollstrecker umschließt u.a.: Entgegennahme von Gewinnausschüttungen und Liquidationsquote, Teilnahme an Gesellschafterversammlungen, Ausübung des Stimmrechts und der Informationsrechte (§ 51a GmbHG), Kündigung der Mitgliedschaft, entgeltliche Veräußerung des Anteils, Überwachung des Geschäftsführers, Mitwirkung bei Satzungsänderungen (alles in den Grenzen des § 2216 BGB). Eine GmbH kann der Testamentsvollstrecker nur mit Mitteln des Nachlasses gründen, da er den Erben nicht persönlich verpflichten darf[3]. Gleiches gilt für Kapitalerhöhungen[4]. Soweit der Kernbereich der Mitgliedschaft berührt ist, bedarf der Testamentsvollstrecker wie bei der Personengesellschaft der Zustimmung des Erben, s. Rz. 163. Im Einzelnen ist hier vieles umstritten[5]. Zum Kernbereich werden gezählt: Eingriffe in mitgliedschaftliche Sonderrechte oder unentziehbare Mitgliedschaftsrechte, Wettbewerbsverbote, Nachschusspflichten, neue Leistungspflichten, Abtretungsbeschränkungen, neue Gründe für Einziehung von Geschäftsanteilen, Zustimmung zu Unternehmensverträgen, Schaffung von Vorzugsrechten, Satzungsänderungen, für die die normale ¾-Mehrheit nicht genügt[6]. Es ist aber davor zu warnen, die Kernbereichslehre tendenziell immer weiter auszudehnen. Der Erblasser wollte die Verwaltung des Nachlasses durch den Testamentsvollstrecker, dieser muss dann auch den nötigen Handlungsspielraum besitzen. Der Gesellschafter-Erbe ist auch bereits durch die §§ 2205, 2206, 2216, 2218, 2219 und 2227 BGB geschützt[7].

➲ **Beratungshinweis:** Da im Hinblick auf die h.M. die Verwaltungsvollstreckung über Personengesellschaftsanteile problematisch ist, sollte erwogen werden, ob der Erblasser nicht schon lebzeitig in eine Kapitalgesellschaft umwandelt (auch durch sog. „Vorratsgründung" möglich)[8] oder den Testamentsvollstrecker hierzu in der letztwilligen Verfügung verpflichtet.

1 So im Fall des OLG Frankfurt a.M. v. 16.9.2008 – 5 U 187/07, ZErb 2009, 61.
2 *Bengel/Reimann/Mayer*, V, Rz. 231.
3 *Bengel/Reimann/Mayer*, V Rz. 233 f.; Staudinger/*Reimann*, § 2205 BGB Rz. 90.
4 *Priester*, FS Stimpel, 1985, S. 478.
5 *J. Mayer*, ZEV 2002, 210.
6 *J. Mayer*, ZEV 2002, 210.
7 So auch *Dörrie*, ZEV 1996, 370, 374.
8 BGH v. 16.3.1992 – II ZB 17/91, NJW 1992, 1824, 1825; zum Thema „Umwandlung einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft durch den Testamentsvollstrecker" vgl. auch *Frank*, ZEV 2003, 5 (der Autor erklärt, dass das Testament eine ausdrückliche Anordnung der Umwandlung enthalten müsse).

e) Aktien

169 Verwaltungsvollstreckung ist möglich und umfasst das Stimmrecht, § 134 AktG, und auch die Befugnis, Bezugsrechte geltend zu machen, § 186 AktG[1].

f) Partnerschaftsgesellschaft

170 Zur Thematik vgl. das erhellende Werk von *Truiken Heydn*, „Die erbrechtliche Nachfolge in Anteile an Partnerschaftsgesellschaften", 1999.

XVI. Mehrere Testamentsvollstrecker

1. Die Frage nach dem Sinn

171 Mehrere Testamentsvollstrecker sind gesetzlich möglich, § 2197 Abs. 1 BGB. Nach dem (allerdings disponiblen) Leitbild des Gesetzes handeln sie nur gemeinschaftlich auf der Grundlage des **Einstimmigkeitsprinzips**, § 2224 Abs. 1 Satz 3 BGB. Das führt bereits zur Frage nach dem Sinn mehrerer Testamentsvollstrecker. Es kollidieren die Grundsätze „Überforderung des Einzelnen" und „viele Köche verderben den Brei". Der Einzelfall muss entscheiden. Wenn sich eine Tendenz formulieren lässt, dann ist es die, im Zweifel nur einen Testamentsvollstrecker zu ernennen. Nur wenn es sich um einen besonders komplexen Nachlass oder um mehrere Nachlassbereiche handelt, die verschiedene Qualifikationen verlangen, kann sich eine Mehrheit von Testamentsvollstreckern als sinnvoll erweisen (es dürfen auch alle Miterben zu Testamentsvollstreckern ernannt werden, wobei der Erblasser eine von der gemeinschaftlichen Amtsführung abweichende Anordnung treffen und Entscheidungen durch Mehrheitsbeschluss zulassen darf)[2]. Die Erfahrung lehrt jedoch, dass die Vorstellungen von einer Amtsführung so vielfältig sind wie die Menschen selber. Nicht selten wollte ein Erblasser durch mehrere Testamentsvollstrecker Frieden stiften, die Dissonanzen zwischen ihnen bewirkten jedoch das Gegenteil. Ein Mittelweg wird gelegentlich darin gesehen, nur einen Testamentsvollstrecker zu ernennen, dem jedoch auferlegt wird, sich von ganz bestimmten Personen beraten zu lassen. Nach Ausführung aller letztwilligen Verfügungen ist die Ernennung eines weiteren Testamentsvollstreckers nicht zulässig[3].

2. Kompetenzzuweisungen

172 Es ist Sache des Erblassers, in der letztwilligen Verfügung (und nur dort) die Zuständigkeiten zu regeln. Er ist darin frei. **Beispiele:** Die Testamentsvollstrecker erhalten je eigene Zuständigkeiten, innerhalb deren sie allein entscheiden. Es kann auch insgesamt bei der gemeinschaftlichen Zuständigkeit blei-

1 Zur Testamentsvollstreckung über Aktien vgl. *Frank*, ZEV 2002, 389.
2 BayObLG v. 8.6.2001 – 1 Z BR 74/00, BayObLG Report 2001, 85.
3 BayObLG v. 4.4.2001 – 1 Z BR 13/01, ZEV 2002, 24.

ben, nur werden einzelne Gegenstände einem Testamentsvollstrecker zur Vollstreckung zugewiesen. Geregelt werden können auch Vertretungsverhältnisse, mit der Folge, dass nach außen einer oder mehrere handeln können[1]. Soweit der Erblasser Amtsführungsregelungen trifft, die vom Leitbild des Gesetzes abweichen, bedürfen sie der Aufnahme im Testamentsvollstreckerzeugnis.

3. Meinungsverschiedenheiten zwischen den Testamentsvollstreckern

Liegen solche vor, können die Testamentsvollstrecker das Nachlassgericht um eine Entscheidung bitten, § 2224 Abs. 1 Satz 1 2. Halbs. BGB. Das gilt auch dann, wenn der Erblasser per letztwilliger Verfügung das Mehrheitsprinzip etabliert hat. Allerdings kann er die Zuständigkeit des Nachlassgerichts ganz ausschließen, indem er z.B. die letzte Entscheidung in die Hände eines namentlich zu benennenden Testamentsvollstreckers legt oder auch in die eines Dritten. 173

4. Notwendige Erhaltungsmaßnahmen

Objektiv notwendige Maßnahmen, seien sie mehr faktischer (Reparaturauftrag) oder rechtlicher Natur (Klage zur Vermeidung der Verjährung), kann jeder einzelne Testamentsvollstrecker ergreifen, allerdings auf eigenes Risiko. Stimmen die anderen Testamentsvollstrecker nicht nachträglich zu, kann er das Nachlassgericht anrufen[2]. 174

5. Haftung

Mehrere Testamentsvollstrecker haften gegenüber den Erben gesamtschuldnerisch, wenn sie das Amt gemeinschaftlich führen. Wurden die Kompetenzen bereits in der letztwilligen Verfügung verteilt, haftet jeder Testamentsvollstrecker nur für eigenes Verschulden[3]. Allerdings sollten die Testamentsvollstrecker ihr Tun wechselseitig beobachten. Eine Haftung kann nämlich dann nicht ausgeschlossen werden, wenn der Fehler des Kollegen offenkundig war. Sukzessiv tätige Testamentsvollstrecker haften im Grundsatz nicht gesamtschuldnerisch. Überlagert jedoch pflichtwidriges Verhalten des ersten Testamentsvollstreckers die Amtsphase des zweiten, so haftet der zweite Testamentsvollstrecker gesamtschuldnerisch auch für die Fehler des ersten, wenn er nicht ihm mögliche Maßnahmen ergreift, um die vom Vorgänger verursachten Schäden zu vermeiden bzw. zu beseitigen[4]. 175

1 S. dazu *Bengel/Reimann*, II Rz. 201 ff. mit Formulierungsbeispielen.
2 *Bengel/Reimann*, II Rz. 220 ff.
3 *Winkler*, Rz. 563; a.A. *Bengel/Reimann*, II Rz. 216, die mehrere Testamentsvollstrecker auch dann als Gesamtschuldner haften lassen, wenn nur einen von ihnen ein Verschulden trifft (gegenteiliger Auffassung allerdings im selben Werk *Riederer v. Paar*, XII Rz. 63).
4 *Reimann*, ZEV 2004, 234.

XVII. Die Haftung des Testamentsvollstreckers

1. Haftung wem gegenüber?

176 Testamentsvollstreckung ist ein gefährliches Geschäft. Der Testamentsvollstrecker haftet bei **schuldhafter Pflichtverletzung** gemäß § 2219 Abs. 1 BGB gegenüber dem **Erben**, **Nacherben** (z.B. bei ungerechtfertigter Substanzminderung)[1] und **Vermächtnisnehmer** (soweit ein Vermächtnis zu vollziehen ist), **Dritten** gegenüber nur gemäß den §§ 823 ff. BGB[2]. Es gelten die allgemeinen Darlegungs- und Beweislastgrundsätze[3].

Ein Spezialproblem bildet die Frage, inwieweit der Testamentsvollstrecker haftet, wenn das von ihm verwaltete Unternehmen einen Beirat besitzt[4].

2. Haftung für welchen Zeitraum?

➲ **Beratungssituation:** Schon vor Annahme des Amts nimmt der Testamentsvollstrecker, um Schaden vom Nachlass zu wenden, einen allerdings wirtschaftlich unsinnigen Verkauf von Wertpapieren vor. Haftung?

177 Der Testamentsvollstrecker haftet gemäß § 2219 BGB für pflichtwidrige Maßnahmen auch schon **vor Amtsübernahme**, ebenso für entsprechende Handlungen **nach Beendigung** des Amtes[5]. Gleiches gilt, wenn der Testamentsvollstrecker überhaupt nicht wirksam bestellt worden war[6].

3. Die Haftungsvoraussetzungen

a) Schaden, objektive Pflichtverletzung

178 Neben dem **Schaden** ist eine **objektive Pflichtverletzung** seitens des Testamentsvollstreckers erforderlich. Sie ist gegeben bei (nicht zwingend gebotener) Missachtung des Erblasserwillens oder Verstoß gegen die Grundsätze ordnungsgemäßer Verwaltung (§ 2216 BGB).

➲ **Beratungshinweis:** Da der Pflichtenkreis auch durch Vereinbarungen mit den Erben definiert oder modifiziert werden kann, ist der Testamentsvollstrecker gut beraten, wenn er sie in die eine oder andere Entscheidung einbindet.

Die Vielfalt des Lebens wird immer wieder neue Fallkonstellationen liefern. Der Einzelfall entscheidet. Die Beurteilung bewegt sich zwischen einem

1 BGH v. 4.11.1987 – IVa ZR 118/86, NJW-RR 1988, 386.
2 Nach *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, 1994, S. 182, kann der Erbe einen Schaden der Nachlassgläubiger per Drittschadensliquidation gegen den Testamentsvollstrecker geltend machen.
3 *Reimann*, ZEV 2006, 186.
4 Dazu *Klumpp*, ZEV 2006, 257.
5 *Bengel/Reimann/Riederer v. Paar*, XII Rz. 23 ff.
6 *Naegele*, Das vermeintliche Testamentsvollstreckeramt, Diss. Konstanz 1986, S. 67 ff.

strengen Sorgfaltsmaßstab einerseits und dem Ermessen, welches dem Testamentsvollstrecker eingeräumt ist. Die nachfolgende Kasuistik kann jedoch zur Orientierung beitragen.

179 Eine objektive **Pflichtverletzung** wurde zum Beispiel in folgenden Fällen **bejaht**:

- nachhaltige Untätigkeit[1]
- Erfüllung unwirksamer Vermächtnisse[2]
- Geldanlage bei bekanntermaßen unzuverlässiger Bank[3]
- öffentliche Zwangsversteigerung des Nachlasses, wenn freihändiger Verkauf höheren Erlös gebracht hätte[4]
- Weigerung der Nachlassauseinandersetzung[5]
- übermäßige Verzögerung der Auseinandersetzung[6]
- Führen überflüssiger oder leichtfertiger Prozesse, vor allem auch aus Eigennutz[7]
- Unterlassen möglichst günstiger und (nicht um jeden Preis) sicherer Anlage, Begnügen mit mäßigem Ergebnis[8], zum Beispiel Anlage nur auf Sparkonto mit gesetzlicher Kündigungsfrist zum Eckzinssatz[9]
- verspätete Geltendmachung von Nachlassforderungen[10]
- Unterlassen der Ausübung attraktiver Aktienbezugsrechte[11]
- Versäumung der Pflicht zum Abschluss notwendiger Versicherungsverträge[12]
- nicht erfolgter Nachweis der Verfügungsbefugnis über Wertpapiere gegenüber einer Bank[13]
- unnötige Umwandlung einer Einzelfirma in GmbH[14]

1 OLG Koblenz v. 29.5.2008 – 2 U 1620/06, ZEV 2008, 527.
2 Staudinger/*Reimann*, § 2219 BGB Rz. 4.
3 RG v. 2.4.1914 – IV 589/13, LZ 1914, 1361.
4 OLG Saarbrücken v. 25.2.1953 – 1 U 125/52, JZ 1953, 509; BGH v. 28.9.1960 – V ZR 196/58, WM 1960, 1419.
5 BayObLG v. 9.7.1921 – III 66/1921, BayObLGZ 1921, 312.
6 Palandt/*Edenhofer*, § 2219 BGB Rz. 3.
7 RG v. 12.1.1914 – IV 389/13, Recht 1914, Nr. 644; RG v. 16.7.1946 – IV 77/36, JW 1936, 3388.
8 RG v. 2.4.1914 – IV 589/13, LZ 1914, 1361; BGH v. 25.3.1965 – III ZR 119/63, VersR 1965, 608; MüKo/*Zimmermann*, § 2219 BGB Rz. 14.
9 AG Bremen v. 14.2.1992 – 7 C 453/91, WM 1993, 1959 (Fall der Pflegerhaftung); zum Ganzen s. *Klumpp*, ZEV 1994, 65 ff.
10 *Bengel/Reimann/Riederer v. Paar*, XII Rz. 122.
11 MüKo/*Zimmermann* § 2219 BGB Rz. 14.
12 Staudinger/*Reimann*, § 2219 BGB Rz. 4.
13 BGH v. 7.11.1966 – III ZR 48/66, WM 1967, 25.
14 BGH v. 23.4.1958 – IV ZR 129/57, MDR 1958, 670.

- günstiger Verkauf eines Grundstücks an sich selbst über einen Strohmann[1]
- Verletzung der Verkehrssicherungspflicht bei einem Grundstück (Streupflicht bei Glatteis)[2]
- Verletzung der Überwachungspflicht bzgl. der Geschäftsführung einer GmbH[3]
- unnötige Feststellungswiderklage mit hohem Gegenstandswert als Reaktion auf die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen[4]
- Versäumung der Forderungsanpassung gemäß einer Wertsicherungsklausel[5]
- unberechtigte Entnahmen von einem Kautionskonto[6].

180 Eine **objektive** Pflichtverletzung wird in folgenden Fällen **verneint**:

- der Testamentsvollstrecker hatte bei einer kurzfristigen Zinsanlage die Zinsbedingungen nicht mit denen anderer Banken verglichen[7]
- ein Erbe wurde bei der Verteilung benachteiligt, hatte dieser jedoch zugestimmt[8]
- die Verfügung des Testamentsvollstreckers basiert auf (noch) vertretbarer Auslegung des Testaments[9]
- Verkauf eines Grundstücks in der Inflationszeit, wenn es den Eigentümer vermutlich viele Jahre belasten wird[10]
- der Testamentsvollstrecker hatte bei einem Grundstücksverkauf keinen Makler eingeschaltet[11]
- Nichtgeltendmachung von Nachforderungen gegenüber einem Mieter, wenn dies im Einvernehmen mit dem Erben geschah[12]
- Nichtmitteilung an die Nacherben über Rechtsgeschäfte des befreiten Vorerben, die nicht zur Vorerbschaft gehörende Vermögenswerte betreffen[13]
- Führen eines Prozesses nach sorgfältiger Abwägung (Prozess ging dann verloren)[14]

1 BGH v. 15.6.1964 – III ZR 248/62, DRiZ 1969, 281.
2 LG Bochum v. 1.3.1955 – 8 S 311/54, VersR 1957, 307.
3 BGH v. 10.6.1959 – V ZR 25/58, NJW 1959, 1820.
4 RG v. 16.7.1936 – IV 77/36, JW 1936, 3388.
5 Das folgt schon aus der allgemeinen Schadensabwendungspflicht.
6 OLG München v. 9.7.2008 – 31 Wx 003/08, Rpfleger 2008, 575.
7 BGH v. 14.12.1994 – IV ZR 184/93, FamRZ 1995, 478.
8 BGH v. 15.6.1964 – III ZR 248/62, DRiZ 1969, 281.
9 BGH v. 11.3.1992 – IV ZR 31/91, NJW-RR 1992, 775.
10 RG v. 20.10.1930 – VI 763/29, RGZ 130, 131, 135.
11 Unterpreisiger Verkauf kann dennoch eine Pflichtverletzung darstellen.
12 Dies kann als Verzichtsvertrag gedeutet werden.
13 OLG Celle v. 16.11.2000 – 22 U 249/99, OLGReport 2001, 38.
14 OLG Karlsruhe v. 16.7.2004 – 14 U 87/03, OLGReport 2005, 132, 133.

b) Verschulden

➲ **Beratungssituation:** Der Erblasser bestimmt seinen Bruder, einen pensionierten Lokomotivführer, zum Testamentsvollstrecker. Zum Nachlass gehört umfangreiches Wertpapiervermögen. Der Erbe nimmt den Testamentsvollstrecker wegen unwirtschaftlicher Anlagepolitik auf Schadenersatz in Anspruch. Der Testamentsvollstrecker wendet ein, er sei, was sowohl der Erblasser gewusst habe als auch der Erbe wisse, kein Kenner der Materie. Schadenersatzpflicht?

181 Gemäß § 2219 BGB haftet der Testamentsvollstrecker nur, wenn ihn ein Verschulden, also Vorsatz oder Fahrlässigkeit (auch leichte), trifft. Haftungsmaßstab für die Fahrlässigkeit bildet § 2276 BGB, also die im Verkehr erforderliche Sorgfalt. Hierzu gelten im Recht der Testamentsvollstreckerhaftung folgende **Grundsätze**:

- Der Sorgfaltsmaßstab ist streng[1].
- Er ist subjektiv, es wird also auf die individuellen Fähigkeiten des Testamentsvollstreckers abgestellt. Kann er aufgrund seiner Kenntnisse etwas an sich objektiv von ihm Geschuldetes nicht leisten, lässt sich insoweit ein persönlicher Schuldvorwurf nicht erheben[2].
- Das exkulpiert ihn nach allgemeiner Meinung letztlich jedoch nicht, da das Verschulden darin gesehen wird, keinen sachkundigen Berater hinzugezogen zu haben[3]. In begründeten Ausnahmefällen sollte die Schadenersatzpflicht des Testamentsvollstreckers jedoch mit Tendenz gegen null schrumpfen, wenn der Erblasser die mangelnde Qualifikation des Testamentsvollstreckers kannte und der Erbe niemals darauf gedrängt hat, dass sich der Testamentsvollstrecker beraten lassen möge (Mitverschulden). Fahrlässigkeit setzt voraus, dass dieser konkrete Testamentsvollstrecker die Notwendigkeit einer Beratung überhaupt hätte sehen können. Bestimmt der Erblasser zum Beispiel eine wirtschaftlich und rechtlich vollkommen unbedarfte Person (etwa aus der eigenen Familie) zum Testamentsvollstrecker (was oft geschieht) und fordert der Erbe von ihr nicht, dass sie sich beraten lässt, kann eine Inanspruchnahme im Einzelfall gegen Treu und Glauben verstoßen. Die Ursache der Sorgfaltspflichtverletzung liegt dann nämlich primär beim Erblasser (der ein unkluges Testament errichtet hat) oder beim Erben, nicht beim von Anfang an überforderten Testamentsvollstrecker. Aber **Vorsicht**: Bisher kennt die Rechtsprechung wenig Gnade.

1 RG v. 20.10.1930 – VI 763/29, RGZ 130, 131, 135; MüKo/*Zimmermann*, § 2219 BGB Rz. 11.
2 *Bengel/Reimann/Riederer v. Paar*, XII Rz. 47 ff.
3 MüKo/*Zimmermann*, § 2219 BGB Rz. 11; *Winkler*, Rz. 560; Erman/*Schmidt*, § 2219 BGB Rz. 2; *Bengel/Reimann/Riederer v. Paar*, XII Rz. 51.

- Lässt sich der Testamentsvollstrecker beraten, haftet er für Fehler des Beraters nur im Falle des Auswahlverschuldens[1]. Gleiches gilt für die fehlerhafte Auswahl eines Mitvollstreckers oder Nachfolgers[2].
- Bedient sich der Testamentsvollstrecker irgendwelcher Gehilfen, haftet er für sie gemäß § 278 BGB.
- Bei der Beurteilung des Verschuldens gilt die ex ante-Betrachtung. Es entscheidet also die Sicht im Zeitpunkt der beanstandeten Maßnahme[3].
- Hat der Erbe der zum Schaden führenden Maßnahme des Testamentsvollstreckers zugestimmt, kann ihn ein Mitverschulden treffen, Schadenersatzpflicht des Testamentsvollstreckers kann dann im Einzelfall sogar ausgeschlossen sein[4]. Der Testamentsvollstrecker sollte also auch aus diesem Grund Einvernehmen mit den Erben suchen.
- Der Testamentsvollstrecker muss nach verlorenem Prozess die entstandenen Prozesskosten nicht an den Nachlass zurückführen, wenn er die erforderliche Sorgfalt geübt hatte[5].

4. Haftungsbefreiung

182 Der Erblasser kann keine Haftungsbefreiung oder -erleichterung zugunsten des Testamentsvollstreckers verfügen, §§ 2220, 2219 BGB, auch nicht durch ein sog. Befreiungsvermächtnis, da dies eine Umgehung des Befreiungsverbots wäre[6]. Erbe und Vermächtnisnehmer dagegen können Schadenersatzansprüche durch Vereinbarung mit dem Testamentsvollstrecker sogar gänzlich ausschließen. Ausnahme: Vorsatz, § 276 Abs. 2 BGB[7].

5. Verjährung

183 Seit dem 1.1.2010 verjähren Schadenersatzansprüche gegen den Testamentsvollstrecker gemäß § 195 BGB nach 3 Jahren. Die lange Verjährungsfrist von 30 Jahren wurde in der Literatur schon früher z.T. als nicht zumutbar angesehen. Zu Recht erfolgte der Hinweis, dass der Testamentsvollstrecker, der ein schwieriges Amt bekleide, nach angemessener Zeit Klarheit haben müsse[8]. In der Tat ist der Testamentsvollstrecker dem Insolvenzverwalter vergleichbar. Die gegen diesen gerichteten Schadenersatzansprüche verjähren durch das BGH-Urteil vom 17.1.1985[9] entgegen früherer Auffassung analog § 852 BGB nunmehr in drei Jahren. Es ist auch nicht nachvollziehbar, dass schwerwie-

1 *Bengel/Reimann/Riederer v. Paar*, XII Rz. 51 f.
2 *Bengel/Reimann/Riederer v. Paar*, XII Rz. 72.
3 *Winkler*, Rz. 559; *Bengel/Reimann/Riederer v. Paar*, XII Rz. 53.
4 *Winkler*, Rz. 565.
5 OLG Karlsruhe v. 16.7.2004 – 14 U 87/03, NJW-RR 2005, 452.
6 *Winkler*, Rz. 565.
7 *Winkler*, Rz. 565.
8 *Bengel/Reimann/Riederer v. Paar*, XII Rz. 77 ff.; a.A. Staudinger/*Reimann*, § 2219 BGB Rz. 22.
9 BGH v. 17.1.1985 – IX ZR 59/84, NJW 1985, 1161.

gende Verstöße, die sogar einen Tatbestand der unerlaubten Handlung erfüllen, bereits in drei Jahren verjähren, alle anderen, auch Bagatellen, erst in dreißig Jahren. Die Gesetzesänderung ist also zu begrüßen.

6. Entlastung

➲ **Beratungssituation:** Nach Beendigung seines Amtes verlangt der Testamentsvollstrecker vom Erben Entlastung, die von diesem verweigert wird. Besteht ein Entlastungsanspruch? Falls nicht, kann sich der Testamentsvollstrecker auf andere Weise schützen?

184 Das Bestehen eines Entlastungsanspruchs ist umstritten[1]. Einigkeit besteht darin, dass der Testamentsvollstrecker auf **Feststellung** klagen kann, es bestünden keine weiteren Ansprüche mehr gegen ihn bzw. er habe ein bestimmtes Geschäft ordnungsgemäß erfüllt[2]. Entlastungsanspruch und Feststellungsklage liegen jedoch so nahe beieinander, dass eine Differenzierung nicht gerechtfertigt erscheint. Eine 30-jährige Ungewissheit ist nicht zumutbar, senkt auch (im Widerspruch zum Interesse der Rechtsordnung) die Bereitschaft, das Testamentsvollstreckeramt zu übernehmen. Davon unabhängig kann der Erbe das Rügerecht **verwirken**, wenn er auf den abschließenden Rechenschaftsbericht des Testamentsvollstreckers längere Zeit schweigt[3]. Bei größeren Nachlässen erscheint ein Jahr angemessen, bei kleineren ein halbes.

7. Der Haftpflichtprozess gegen den Testamentsvollstrecker

185 Für die sachliche (bis 5000 Euro Amtsgericht) und örtliche Zuständigkeit (Wohnsitz des Testamentsvollstreckers)[4] gelten die allgemeinen Vorschriften. Der Anspruch richtet sich gegen den Testamentsvollstrecker **persönlich**, der auch nur mit seinem eigenen Vermögen haftet.

8. Haftpflichtversicherung

➲ **Beratungssituation:** Der Testamentsvollstrecker möchte den Nachlass mit den Kosten für die Testamentsvollstrecker-Haftpflichtversicherung belasten. Der Erbe lehnt dies ab.

186 Da schnell ein Fehler gemacht ist und der Testamentsvollstrecker persönlich und unbeschränkt mit seinem Vermögen haftet, kann nur jedem Testamentsvollstrecker, der keinen Mini-Nachlass verwaltet, der Abschluss einer Haftpflichtversicherung geraten werden. Bei Rechtsanwälten, Notaren, Anwalts-

1 Dafür *Bengel/Reimann/Klumpp*, VI Rz. 335 ff.; Erman/*Schmidt*, § 2219 BGB Rz. 8; MüKo/*Brandner*, 3. Aufl., § 2218 BGB Rz. 14; dagegen MüKo/*Zimmermann*, 4. Aufl., § 2218 BGB Rz. 15; Staudinger/*Reimann*, § 2218 Rz. 21; Soergel/*Damrau*, § 2218 BGB Rz. 7; *Winkler*, Rz. 484; offen bei Palandt/*Edenhofer*, § 2219 BGB Rz. 4.

2 *Winkler*, Rz. 484; *Bengel/Reimann/Klumpp*, VI Rz. 335; RG v. 14.12.1909 – IV 226/08, JW 1909, 75; Staudinger/*Reimann*, § 2218 BGB Rz. 21.

3 *Bengel/Reimann/Klumpp*, VI Rz. 333.

4 Bei Auslandswohnsitz kommt § 23 ZPO in Betracht.

notaren, Rechtsbeiständen, Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern deckt deren Pflichtversicherung die Risiken der Testamentsvollstreckertätigkeit mit ab. Ggfls. empfiehlt es sich, eine gesonderte Sachschadensversicherung abzuschließen. Jeder Testamentsvollstrecker sollte vor Übernahme des Amts den Versicherungsvertrag sorgfältig überprüfen. Folgendes kann von Bedeutung sein:

Checkliste:

- Für die Eintrittspflicht entscheidet die Vertragssituation zum Zeitpunkt des Verstoßes.
- Reicht die Versicherungssumme für den Einzelfall?
- Reicht sie (bei professionellen Testamentsvollstreckern) in Bezug auf die Jahresgesamthöchstleistung?
- Persönliche Ausschlüsse[1]
- Selbstbeteiligung
- Grenzüberschreitende Tätigkeit (im Ausland oder in fremdem Rechtsgebiet) **Achtung:** Vermögens-Haftpflichtversicherungen enthalten insoweit in der Regel Haftungsausschlüsse. Zusatzversicherungen notwendig!
- In der Regel keine Eintrittspflicht des Haftpflichtversicherers für Ansprüche des Finanzamts gemäß § 69 AO[2].
- Die Versicherung muss die Kosten eines Haftpflichtprozesses in der Regel zahlen, und zwar auch über die Haftpflichthöchstsumme hinaus[3]. Aber Versicherungsbedingungen prüfen!

Ob der Testamentsvollstrecker den Nachlass mit den Prämien für seine eigene Haftpflichtversicherung belasten kann, ist streitig[4]. Es entspricht dem Interesse des Erben, dass der Testamentsvollstrecker mit normaler Sorgfalt und nicht überängstlich wirtschaftet. Die Versicherungsprämien sind daher Aufwendungsersatz gemäß §§ 2218, 670 BGB. Zur Klarstellung könnte der Erblasser dies letztwillig verfügen.

9. Haftung des Erben für den Testamentsvollstrecker

187 Geht der Testamentsvollstrecker Verbindlichkeiten ein, haftet hierfür der Erbe, § 1967 BGB. Dies gilt auch bei Geschäften des Testamentsvollstreckers im Rahmen von § 2207 BGB (erweiterte Verpflichtungsbefugnis). Sprengt der Testamentsvollstrecker die Grenzen ordnungsmäßiger Verwaltung, haftet er persönlich, es sei denn, der Dritte konnte ohne Fahrlässigkeit davon ausgehen, dass das Geschäft ordnungsmäßiger Verwaltung entsprach. Dann haftet der

1 S. dazu *Bengel/Reimann/Riederer v. Paar*, XII Rz. 145 ff.
2 *Bengel/Reimann/Riederer v. Paar*, XII Rz. 158 f.
3 *Bengel/Reimann/Riederer v. Paar*, XII Rz. 155; *Zimmermann*, Die Testamentsvollstreckung, Rz. 783.
4 Dafür *Bengel/Reimann/Riederer v. Paar*, XII Rz. 157; dagegen *Winkler*, Rz. 566.

Erbe, ggf. mit Rückgriffsmöglichkeit gemäß § 2219 BGB[1]. Trifft den Testamentsvollstrecker im Rahmen eines Vertragsverhältnisses ein Verschulden, haftet der Erbe gemäß § 278 BGB[2] (§ 2219 BGB gilt auch hier). Für **unerlaubte Handlungen** haftet nur der Testamentsvollstrecker, nicht gemäß § 831 BGB auch der Erbe[3].

XVIII. Internationale Testamentsvollstreckung

Hierzu wird auf die ausführliche Darstellung von *Haas* in Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 2001, S. 429 ff. verwiesen. 188

XIX. Die Beendigung des Amtes

1. Auflistung der Beendigungsgründe

Das Amt des Testamentsvollstreckers **endet von selbst** durch seinen Tod (§ 2225 BGB), ist also nicht vererblich, bei einer juristischen Person als Testamentsvollstrecker mit dem Verlust der **Rechtsfähigkeit**, mit der **Geschäftsunfähigkeit** des Testamentsvollstreckers oder wenn er zur Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten einen **Betreuer** erhalten hat (§§ 2225, 2201 BGB), bei **Erschöpfung des Nachlasses**, bei **Nacherbenvollstreckung** mit dem Eintritt des Nacherbfalls, durch die eigene **Kündigung** des Testamentsvollstreckers (§ 2226 BGB), seine **Entlassung** (§ 2227 BGB), mit Ablauf der 30-jährigen **Frist** gemäß § 2210 BGB, mit der **Erledigung** aller seiner Aufgaben (auch ohne Durchführung der Auseinandersetzung, wenn die Erben eine solche nicht wollen) sowie aufgrund der **Erblasseranordnung** bei Befristung oder auflösender Bedingung. Teilweise Beendigung tritt ein bei **Freigabe** gemäß § 2217 BGB oder **Veräußerung** durch den Testamentsvollstrecker. Bei Gesamtbeendigung oder Teilfreigabe eines Grundstücks hat der Testamentsvollstrecker Löschungsbewilligung bezüglich des Testamentsvollstreckervermerks zu erteilen. Das wird in der Praxis häufig vergessen. 189

Das Amt endet dagegen nicht mit der Eröffnung des **Nachlassinsolvenzverfahrens** oder einer **Nachlassverwaltung** (dann ruht es lediglich), ebenso wenig durch den **Tod des Erben**[4] oder durch Einsetzung des Testamentsvollstreckers

1 Staudinger/*Reimann*, § 2219 BGB Rz. 25.
2 Erman/*Schmidt*, § 2219 BGB Rz. 9; Staudinger/*Reimann*, § 2219 BGB Rz. 27; Palandt/*Edenhofer*, § 2219 BGB Rz. 5.
3 Erman/*Schmidt*, § 2219 BGB Rz. 9; Staudinger/*Schäfer*, § 831 BGB Rz. 62; Palandt/*Edenhofer*, § 2219 BGB Rz. 5; a.A. MüKo/*Zimmermann*, § 2219 BGB Rz. 18 (über § 31 BGB); Staudinger/*Reimann*, § 2219 BGB Rz. 28 f., allerdings nur, wenn ein innerer Zusammenhang mit der Testamentsvollstreckung bestand. Nach letzterer Auffassung haftet der Erbe aber auf den Nachlass beschränkbar.
4 Es sei denn, die Testamentsvollstreckung bezog sich nach dem Erblasserwillen nur auf diesen Erben.

zum **Vormund des Erben**, auch nicht in jedem Fall durch **Vertrag mit dem Erben** über eine Amtsbeendigung[1].

In Grenzen ist eine Vereinbarung zwischen dem Testamentsvollstrecker und den Erben über eine vorzeitige Beendigung der Vollstreckung möglich[2].

2. Kündigung durch den Testamentsvollstrecker

➲ **Beratungssituation:** Der Erblasser E legt größten Wert darauf, dass Rechtsanwalt Dr. Orff nach dem Tod des E nicht nur Testamentsvollstrecker wird, sondern das Amt zu Ende führt und nicht vorzeitig kündigt. Deshalb vereinbart er mit ihm einen entsprechenden Kündigungsverzicht. E stirbt. Die Testamentsvollstreckung erweist sich aufwendiger als gedacht. Kann Dr. Orff trotz der Vereinbarung mit E sein Amt kündigen?

a) Grundsätze

190 Gemäß § 2226 BGB gelten folgende **Grundsätze**:

- Testamentsvollstrecker kann jederzeit kündigen, auch grundlos.
- Zeitliche Wirkung: Zum angegebenen Zeitpunkt, auch sofort.
- Adressat: Nachlassgericht
- Form: formfrei, aber empfangsbedürftig[3]
- Die Kündigung ist unwiderruflich, aber gemäß § 119 BGB anfechtbar (Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht). Folge der Anfechtung: u.U. Schadenersatzpflicht. Schadensberechnung: Gemäß §§ 2219, 671 Abs. 2 BGB, nicht gemäß § 122 BGB, weil nicht das Nachlassgericht geschädigt ist[4].
- Kündigung zur Unzeit ist wirksam, macht aber schadenersatzpflichtig, es sei denn, es lag ein wichtiger Grund vor[5].
- Auf Teilbereiche beschränkte Kündigung bringt das Amt insgesamt zum Erlöschen, es sei denn, der Erblasserwille lässt Gegenteiliges erkennen[6].
- Wirkung der Kündigung: Das Amt erlischt, nicht die Vollstreckung als solche. Ggf. ist das Vollstreckerhonorar zu reduzieren.
- Ein Streit über die Wirksamkeit der Kündigung gehört vor das Prozessgericht, das Nachlassgericht entscheidet allerdings als Vorfrage im Rahmen des § 2200 BGB[7].

---

1 Staudinger/*Reimann*, § 2225 BGB Rz. 6; zu den einzelnen Aspekten dieser schwierigen Thematik s. *Reimann*, NJW 2005, 789.
2 Vgl. dazu *Reimann*, NJW 2005, 789; *Siebert*, Erbrecht effektiv 2006, 16.
3 Palandt/*Edenhofer*, § 2226 BGB Rz. 1.
4 Staudinger/*Reimann*, § 2226 BGB Rz. 7.
5 MüKo/*Zimmermann*, § 2226 BGB Rz. 3.
6 MüKo/*Zimmermann*, § 2226 BGB Rz. 2.
7 Palandt/*Edenhofer*, § 2226 BGB Rz. 2.

b) Abweichende Vereinbarungen

Drei Arten von Vereinbarungen sind praxisrelevant: 191

– Der Testamentsvollstrecker verpflichtet sich gegenüber dem Erben, unter bestimmten (näher ausgestalteten) Voraussetzungen das Amt niederzulegen. Eine solche Vereinbarung ist mit der h.M. zulässig[1]. Der Erbe oder ein Miterbe können jederzeit Niederlegung verlangen. Ein solches Abhängigkeitsverhältnis ist vom Gesetz nicht gewollt[2].

– Der Testamentsvollstrecker vereinbart mit dem Erblasser, auf das Kündigungsrecht zu verzichten (**Ausgangsfall**). Auch das ist nach h.M.[3] zulässig, wobei auch hier ein wichtiger Grund zur Kündigung berechtigt. Die h.M.[4] bejaht sogar die Wirksamkeit einer vertragswidrigen Kündigung, was jedoch Schadenersatzansprüche auslösen kann[5].

– Der Testamentsvollstrecker verpflichtet sich gegenüber dem Erben, das Amt nicht niederzulegen. Hier gelten die Ausführungen des vorigen Absatzes.

3. Entlassung des Testamentsvollstreckers

➲ **Beratungssituation:** Der Pflichtteilsberechtigte P beantragt die Entlassung des Testamentsvollstreckers, weil dieser den Nachlass durch unkluge Wertpapierpolitik verzehrt. Ist P antragsberechtigt?

a) Formalia

Der Erbe kann dem Testamentsvollstrecker nicht kündigen (allerdings be- 192
gründet die verbindliche Zusage des Testamentsvollstreckers, sein Amt niederzulegen, einen prozessual durchsetzbaren Anspruch[6]), eine Entlassung erfolgt ausschließlich durch das **Nachlassgericht** (§ 2227 BGB), u.U. schon vor Amtsantritt und Annahme, aber nicht, wenn das Amt bereits beendet war. Zuständig ist der Richter. Es gilt das Amtsermittlungsprinzip. **Antragsberechtigt** sind Erben, Nacherben, Miterben (auch nach Anteilsübertragung oder Pfändung des Anteils, aber nicht, wenn ihr Anteil nicht der Testamentsvollstreckung unterliegt[7]), Mitvollstrecker, Vermächtnisnehmer und Auflageberechtigte (nicht Auflagebegünstigte)[8]. Die h.M.[9] bezieht auch Pflichtteils-

1 BGH v. 2.10.1957 – IV ZR 217/57, BGHZ 25, 275, 281; MüKo/*Zimmermann*, § 2226 BGB Rz. 5; Soergel/*Damrau*, § 2226 BGB Rz. 5; Staudinger/*Reimann*, § 2225 BGB Rz. 2.
2 MüKo/*Zimmermann*, § 2225 BGB Rz. 5.
3 Erman/*Schmidt*, § 2226 BGB Rz. 4.
4 Erman/*Schmidt*, § 2226 BGB Rz. 4; Staudinger/*Reimann*, § 2226 BGB Rz. 5.
5 Erman/*Schmidt*, § 2226 BGB Rz. 4; a.A. MüKo/*Zimmermann*, § 2226 BGB Rz. 4, die eine solche Kündigung für unwirksam halten.
6 OLG Hamm v. 11.12.2007 – 15 W 242/07, OLGReport 2008, 490.
7 OLG München v. 22.9.2005 – 31 Wx 46/05, ZErb 2005, 424.
8 S. nähere Rechtsprechungshinweise bei Palandt/*Edenhofer*, § 2227 BGB Rz. 7.
9 Palandt/*Edenhofer*, § 2227 BGB Rz. 7; MüKo/*Zimmermann*, § 2227 BGB Rz. 5; Erman/*Schmidt*, § 2227 BGB Rz. 9; KG Berlin v. 9.10.2001 – 1 W 411/01, ZFE 2002, 104 u. v. 22.2.2005 – 1 W 234/02 (Kurzfassung in NJW-aktuell 2005, XII).

berechtigte ein, was jedoch abzulehnen ist, weil sich ihr rechtlicher Status von den normalen Nachlassgläubigern im Kern nicht unterscheidet[1]. **Nicht antragsberechtigt** sind die genannten Nachlassgläubiger[2], auch nicht die Eigengläubiger des Erben, ebenso wenig der Gegenvormund, der nicht gesetzlicher Vertreter ist[3], die von der Verwaltung des Kindesvermögens gemäß § 1638 BGB ausgeschlossenen Eltern[4] und Behörden.

Im Streit um die Entlassung ist Geschäftswert nicht die Vergütung des Testamentsvollstreckers, sondern es gilt ein Richtsatz von 2–10 % des Nachlasswerts[5].

193 Wurde der Testamentsvollstrecker entlassen und fällt der Grund nachträglich weg, besteht kein **Wiedereinsetzungsrecht**[6].

194 **Rechtsmittel:** Gegen die Entlassung kann jeder Beschwerdebeteiligte per sofortiger Beschwerde vorgehen. Im Erfolgsfall gilt der Testamentsvollstrecker als im Amt geblieben[7]. Wurde der Entlassungsantrag abgelehnt, ist nur der Antragsteller rechtsmittelberechtigt (einfache Beschwerde)[8].

Kosten: Bei Entlassung treffen den Testamentsvollstrecker die Kosten, es sei denn, er nahm aus guten Gründen an, den Erblasserwillen zu verteidigen[9].

b) Ermessen, Beurteilungsmaßstab

195 Zwar heißt es in § 2227 Abs. 1 BGB „Das Nachlassgericht kann . . . entlassen", das **Ermessen** bezieht sich jedoch nicht auf die Rechtsfolgenseite. Liegt ein wichtiger Grund vor, **muss** Entlassung erfolgen[10]. Bei der **Beurteilung** gilt ein objektiver Maßstab zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag, nicht dagegen ist von vorrangiger Bedeutung, ob der Erblasser bei Kenntnis der Tatsachen die Ernennung des Testamentsvollstreckers widerrufen hätte[11].

c) Entlassungsgründe

196 Die Entlassungsgründe regelt § 2227 BGB, den der Erblasser nicht einschränken kann. Voraussetzung für die Entlassung ist ein wichtiger Grund. Das Gesetz nennt grobe Pflichtverletzung und Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen

1 So im Ergebnis auch *Muscheler*, AcP 197, 226; *Muscheler* ZErb 2009, 54.
2 BGH v. 13.7.1961 – V ZB 9/61, BGHZ 35, 296.
3 Palandt/*Edenhofer*, § 2227 BGB Rz. 8.
4 BGH v. 30.11.1988 – IVa ZB 12/88, BGHZ 106, 96; a.A. *Baur*, DNotZ 1965, 484.
5 OLG Frankfurt a.M. v. 13.4.2004 – 20 W 62/03, NJOZ 2005, H. 10, S. 1074.
6 Palandt/*Edenhofer*, § 2227 BGB Rz. 12.
7 Erman/*Schmidt*, § 2227 BGB Rz. 14.
8 Erman/*Schmidt*, § 2227 BGB Rz. 14.
9 Erman/*Schmidt*, § 2227 BGB Rz. 15.
10 So auch MüKo/*Zimmermann*, § 2227 BGB Rz. 7; a.A. Staudinger/*Reimann*, § 2227 BGB Rz. 32; Palandt/*Edenhofer*, § 2227 BGB Rz. 1.
11 MüKo/*Zimmermann*, § 2227 BGB Rz. 7; a.A. Palandt/*Edenhofer*, § 2227 BGB Rz. 11; Staudinger/*Reimann*, § 2227 BGB Rz. 32.

Geschäftsführung. Das Wort „insbesondere" zeigt jedoch, dass weitere Gründe genügen können.

aa) Grobe Pflichtverletzung

➲ **Beratungssituation:** Der Testamentsvollstrecker legt dem Erben ein in mehrfacher Hinsicht unvollständiges Nachlassverzeichnis vor, zudem verspätet. Entlassungsgrund?

Naturgemäß gleichen Lit. und Rspr. zum Begriff der groben Pflichtverletzung einer geologischen Landkarte: ein kunterbuntes Bild. Im Kern geht es darum, dass eine Schädigung oder erhebliche Gefährdung des Nachlasses zu befürchten sein muss[1]. Wer Orientierung sucht, kann der Kasuistik daher nur ungefähre Anhaltspunkte entnehmen. Über zwei Voraussetzungen besteht jedoch Einigkeit: Die Pflichtverletzung muss **schuldhaft** und **erheblich** sein. Erheblichkeit kann auch vorliegen bei kleinem Verschulden und großer Pflichtverletzung, und umgekehrt[2]. 197

In folgenden Fällen wurde eine grobe Pflichtverletzung **bejaht**: 198

- der Veräußerungserlös wird nicht gemäß der ausdrücklichen Anordnung verteilt[3],
- die testamentarisch verlangte Verpachtung eines Geschäfts wird unterlassen, ebenso die Überwachung der Geschäftsführung des Nießbrauchers[4],
- keine Freigabe von Nachlassgegenständen an den Erben gemäß § 2217 Abs. 1 Satz 1 BGB[5],
- erheblicher Interessengegensatz zwischen Testamentsvollstrecker und Erben[6],
- keine oder keine ausreichende Erstellung eines Nachlassverzeichnisses (bei gleichzeitiger Gefährdung des Erbeninteresses)[7],
- überlange Dauer der Abwicklungsvollstreckung[8],
- unzulängliche Auskunftserteilung und Unterlassen der Rechnungslegung[9],
- Entnahme einer unangemessen hohen Vergütung[10],

1 Für viele MüKo/*Zimmermann*, § 2227 BGB Rz. 7.
2 Erman/*Schmidt*, § 2227 BGB Rz. 3; *Muscheler*, AcP 197, 278.
3 OLG Zweibrücken v. 23.2.1989 – 3 W 187/88, Rpfleger 1989, 370.
4 OLG Hamm, JMBl NRW 61, 78; Erman/*Schmidt*, § 2227 BGB Rz. 3.
5 BayObLG v. 27.8.1987 – 1 Z 38/87, Rpfleger 1988, 97.
6 BayObLG v. 15.9.2004 – 1 Z BR 61/04, NJOZ 2005, H. 10, 1061; Leitsatz abgedruckt in ZEV 2005, 207.
7 OLG Hamm v. 30.8.1985 – 15 W 115/85, OLGZ 1986, 1; OLG Schleswig v. 8.6.2006 – 3 Wx 64/05 u. 65/05, FamRZ 2007, 307.
8 OLG Köln v. 27.10.2004 – 2 Wx 29/04, NJW-Spezial 2005, 14.
9 BayObLG v. 5.11.1987 – BReg. 1 Z 43/87, NJW-RR 1988, 645.
10 OLG Köln v. 18.5.1987 – 2 Wx 14/87, Rpfleger 1987, 458; BayObLG v. 19.11.1985 – BReg. 1 Z 15/85, FamRZ 1987, 101.

- Ungleichbehandlung der Erben[1],
- Nichtbefolgung von Erblasseranordnungen[2],
- völlig unwirtschaftliche Verwaltung[3],
- ungerechtfertigte Prozessführung[4],
- weitreichende Untätigkeit[5],
- einseitig eigennützige Amtsführung[6],
- Einschaltung ungeeigneter Vertreter[7],
- Vorlage völlig unzureichender Abrechnung (wenn böser Wille mit im Spiel ist)[8],
- schlechter Zustand eines zum Nachlass zählenden Hauses[9],
- schwere, das Amt beeinträchtigende Persönlichkeitsmängel[10],
- Unterlassung notwendiger Maßnahmen bei Auslandsvermögen, selbst wenn der Testamentsvollstrecker sein Amt irrigerweise auch in Bezug auf diesen Vermögensteil in Anspruch nimmt[11],
- der Testamentsvollstrecker bringt Nachlassgegenstände an sich, auf die er keinen Anspruch hat[12],
- Unterbreitung eines eigennützigen Auseinandersetzungsvorschlags, obwohl eine solche Auseinandersetzung im Testament ausgeschlossen worden war[13],
- Inanspruchnahme eines dem Testamentsvollstrecker tatsächlich nicht zustehenden Vorkaufsrechts an Nachlassgrundstücken[14],
- Verschweigen von Nachlassgegenständen[15],
- Täuschung des Erben über die Werthaltigkeit des Nachlasses[16].

---

1 BGH v. 2.10.1957 – IV ZR 217/57, BGHZ 25, 275, 284.
2 OLG Zweibrücken v. 23.2.1989 – 3 WF 187/88, FamRZ 1989, 788.
3 MüKo/*Zimmermann*, § 2227 BGB Rz. 8, wobei der Testamentsvollstrecker im Unternehmensbereich einen beträchtlichen Spielraum besitzt.
4 MüKo/*Zimmermann*, § 2227 BGB Rz. 8.
5 MüKo/*Zimmermann*, § 2227 BGB Rz. 8.
6 MüKo/*Zimmermann*, § 2227 BGB Rz. 8.
7 Palandt/*Edenhofer*, § 2227 BGB Rz. 3.
8 BayObLG v. 10.4.1915 – Reg. III 18/1915, BayObLGZ 1916 A 68, 72.
9 BayObLG v. 30.4.1920 – Reg. III 35/1920, BayObLGZ 1920, 166.
10 OLG Hamm v. 15.1.2007 – 15 W 277/06, FamRZ 2007, 1194 = Rpfleger 2007, 324.
11 BayObLG v. 26.11.2004 – 1 Z BR 74/04, ZEV 2005, 168.
12 OLG Zweibrücken v. 26.6.1972 – 3 W 55/72, DNotZ 1973, 112.
13 OLG Karlsruhe v. 15.9.2004 – 14 Wx 73/03, OLGReport 2005, 4; NJW-aktuell 2005, XIV; OLG Karlsruhe v. 15.9.2004 – 14 Wx 73/03, ZEV 2005, 259.
14 BayObLG v. 19.11.2004 – 1 Z BR 085/04, OLGReport 2005, 86.
15 OLG Schleswig v. 19.9.2008 – 3 Wx 98/03, OLGReport 2009, 18.
16 OLG Naumburg v. 19.12.2005 – 10 Wx 10/05, ZErb 2006, 199.

Grobe Pflichtwidrigkeit wurde (z.T. im Widerspruch zu obiger Auflistung) in folgenden Fällen **verneint**: 199

- verspätete Überlassung und Unvollständigkeit des Nachlassverzeichnisses (s. **Ausgangsfall**)[1],
- Geltendmachen eines deutlich überhöhten Testamentsvollstreckerhonorars[2],
- Entnahme einer noch nicht fälligen Vergütung[3],
- treuwidrige innere Einstellung des Testamentsvollstreckers, wenn sein Handeln auch bei pflichtgemäßer Einstellung korrekt gewesen wäre[4],
- verzögerte Veräußerung einer Immobilie[5],
- Nichtvorlage eines Nachlassverzeichnisses an den Erben, wenn aber gleichzeitig dem Nachlassgericht ein umfassendes Nachlassverzeichnis übergeben wurde[6],
- Vertreten einer dem Vermächtnisnehmer günstigen Testamentsauslegung[7].

bb) Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung

➲ **Beratungssituation:** Es zeichnet sich ab, dass der Testamentsvollstrecker nach einem schweren Unfall noch mindestens ein halbes Jahr stationärer Behandlung bedarf. Entlassungsgrund? Kann er, um der Entlassung zu entgehen, einen Bevollmächtigten einsetzen?

Die Unfähigkeit ist ebenso Entlassungsgrund und setzt im Gegensatz zur groben Pflichtverletzung **kein Verschulden** voraus. Unbeachtlich ist, ob die Unfähigkeit bereits vor dem Erbfall vorlag oder erst danach entstanden ist[8]. **Beispiele** aus Literatur und Rechtsprechung: 200

- Unfähigkeit ist gegeben, wenn der Testamentsvollstrecker längere Zeit wegen Krankheit (oder aus anderen Gründen) abwesend ist, es sei denn, das Ende der Abwesenheit ist absehbar und ein geeigneter Bevollmächtigter wird gestellt, mit dem der Testamentsvollstrecker in Verbindung stehen kann[9]. Ein Zeichen von Unfähigkeit ist, wenn sich der Testamentsvollstrecker nicht über seine Rechte und Pflichten erkundigt[10].

1 BayObLG v. 28.10.1913 – Reg. III 97/1913, BayObLGZ 1914, 580 und v. 28.7.2003 – 1 Z BR 140/02, OLGReport 2004, 149.
2 OLG Zweibrücken v. 26.6.1972 – 3 W 55/72, DNotZ 1973, 112.
3 OLG Köln v. 5.10.1987 – 2 Wx 27/87, OLGZ 1988, 26.
4 Staudinger/*Reimann*, § 2227 BGB Rz. 6; Palandt/*Edenhofer*, § 2227 BGB Rz. 3 ff.
5 BayObLG v. 26.1.2000 – 1 Z BR 214/98, OLGReport 2001, 51.
6 BayObLG v. 8.6.2001 – 1 Z BR 8/01, OLGReport 2001, 84.
7 BayObLG v. 11.7.2001 – 1 Z BR 131/00, ZEV 2002, 155.
8 Erman/*Schmidt*, § 2227 BGB Rz. 4.
9 Staudinger/*Reimann*, § 2227 BGB Rz. 7.
10 Staudinger/*Reimann*, § 2227 BGB Rz. 8.

– Unfähigkeit kann auch gegeben sein bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Testamentsvollstreckers oder Ableistung der eidesstattlichen Versicherung[1].
– Auch gänzliche Nichteignung, fachlich oder charakterlich, begründet Unfähigkeit[2].
– Gleiches gilt bei einem Interessenkonflikt, der einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung im Wege steht[3]. Allein die Tatsache, dass der Testamentsvollstrecker Miterbe oder Nachlassgläubiger oder -schuldner ist, reicht jedoch nicht[4].

cc) Feindschaft, Misstrauen

➲ **Beratungssituation:** Der Testamentsvollstrecker war bereits früher vermögenssorgeberechtigter Vormund des Erben und wurde in dieser Eigenschaft vom Vormundschaftsgericht entlassen. Nun ist er Testamentsvollstrecker über den dem Erben gehörenden Nachlass geworden. Dieser hegt höchstes Misstrauen und beantragt die Entlassung. Zu Recht?

201 Feindschaft und Misstrauen dürften die häufigsten Gründe dafür sein, dass Erben die Entlassung des Testamentsvollstreckers beantragen oder am liebsten beantragen würden, denn nicht selten ist die Beziehung zwischen den Erben und dem Testamentsvollstrecker schlecht, obwohl letzterer weder einer groben Pflichtverletzung schuldig noch zur Amtsführung unfähig ist. Damit der Wille des Erblassers nicht durch Anmaßungen oder Provokationen der Erben unterlaufen werden kann, darf das bloße Faktum einer Feindschaft oder eines Misstrauens für die Entlassung nicht ausreichen. Vielmehr muss dies auf einem pflichtwidrigen, nicht notwendig schuldhaften Verhalten des Testamentsvollstreckers beruhen[5]. Dieses Verhalten kann auch vor der Amtsübernahme liegen, weshalb im Ausgangsfall wohl ein Entlassungsgrund gegeben wäre[6]. Die nur subjektive Ablehnung eines Erben gegenüber dem Testamentsvollstrecker, der früher als Rechtsanwalt gegen den Erben in einem Unterhaltsstreit aufgetreten ist, genügt für das OLG Hamm nicht für die Entlassung des Testamentsvollstreckers[7].

1 Staudinger/*Reimann*, § 2227 BGB Rz. 8; MüKo/*Zimmermann*, § 2227 BGB Rz. 9.
2 MüKo/*Zimmermann*, § 2227 BGB Rz. 9.
3 BayObLG v. 16.2.1912 – Reg. III 8/1912, BayObLGZ 1913, 49.
4 MüKo/*Zimmermann*, § 2227 BGB Rz. 10; OLG München v. 9.7.2008 – 31 Wx 003/08, OLGReport 2008, 749.
5 OLG Düsseldorf v. 17.6.1994 – 3 Wx 218/94, FamRZ 1995, 123; BayObLG v. 16.2.1912 – Reg. III 8/1912, BayObLGZ 1913, 49; OLG Stuttgart v. 24.5.1968 – 8 W 66/68, OLGZ 1968, 457, 459.
6 OLG Hamm v. 11.9.1967 – 15 W 387/67, NJW 1968, 800.
7 OLG Hamm v. 6.11.2000 – 15 W 314/00, ZEV 2001, 278.

XX. Die Vergütung des Testamentsvollstreckers

1. Zur Grundidee dieses Abschnitts

202 Das Recht der Testamentsvollstreckervergütung ist ein Spiegel der allgemeinen Rechtsentwicklung: Das in der Verfassung wurzelnde Streben nach Einzelfallgerechtigkeit führte zu einer Differenzierung und Vielfalt, die das gut gemeinte Ziel zu untergraben beginnt. So wie der Bürger im Gesetzesdschungel nicht mehr „durchblickt“[1], so ergeht es heute auch demjenigen, der eine Antwort auf die Frage nach der angemessenen Testamentsvollstreckervergütung sucht. Man wird ihn auf einen „Tabellenstreit“ verweisen müssen, was seine Orientierung nicht gerade fördert. Sei es der zukünftige Erblasser, der vor der Entscheidung steht, ob er Testamentsvollstreckung verfügt, seien es die Erben oder der benannte Testamentsvollstrecker, der sich fragt, ob er das Amt annimmt, oder auch der bereits im Amt befindliche Testamentsvollstrecker: Ihnen allen kann der Berater vor dem Hintergrund des gegenwärtigen Meinungsspektrums guten Gewissens keine klaren, auch nur einigermaßen verlässlichen Auskünfte erteilen. Selbst dort, wo mit der Schaffung von Tabellen Maßstäbe geliefert werden, erfahren die Werte durch vielfältige Modifikationen zahlreiche Abweichungen, so dass der sichere Boden gleich wieder entzogen wird. Es bedarf daher eines Systems, das wieder mehr Kalkulierbarkeit und Rechtssicherheit schafft. Dies sind hohe Güter, für deren Erlangung ein Preis gezahlt werden muss, nämlich der Nachteil, dass das Honorar im Einzelfall zu hoch oder zu niedrig erscheinen mag, ein Tatbestand, mit dem man aber zum Beispiel bei den Gebührentabellen der Rechtsanwälte und Steuerberater umzugehen gelernt hat, eben weil Klarheit und Rechtssicherheit und damit aber auch Rechtsfrieden so gewichtige Vorzüge genießen. Zur weiteren Rechtfertigung dieser Position s. Rz. 220.

2. Vorrang des Erblasserwillens

➲ **Beratungssituation:** Nach dem Testament soll die Testamentsvollstreckung unentgeltlich durchgeführt werden, weil der Testamentsvollstrecker zugleich Erbe ist. Der Testamentsvollstrecker hält dies im Hinblick auf den bevorstehenden erheblichen Aufwand für nicht akzeptabel und begehrt vom Erben die Zustimmung, doch eine Vergütung verlangen zu können. Zu Recht?

203 Der Erblasser entscheidet verbindlich über die Höhe der Vergütung, ggf. auch darüber, dass keine Vergütung zu zahlen ist. Dem benannten Testamentsvollstrecker bleibt die Möglichkeit, das Amt **abzulehnen**[2]. Die Vergütungsregelung des Erblassers ist **auslegungsfähig**, etwa dahin, dass bei vorzeitiger Beendigung der Verwaltung eine Reduzierung erfolgt[3]. Der Erblasser kann den Testamentsvollstrecker auch ermächtigen, die Vergütung selbst festzulegen[4].

1 Vgl. dazu *Groll*, In der Flut der Gesetze, Düsseldorf 1985.
2 Staudinger/*Reimann*, § 2221 BGB Rz. 1.
3 Staudinger/*Reimann*, § 2221 BGB Rz. 2 ff.
4 BGH v. 5.4.1957 – IV ZR 10/57, NJW 1957, 947.

Der Testamentsvollstrecker kann mit den Erben eine vom Testament abweichende **Vergütungsvereinbarung** treffen, auch wenn der Erblasser überhaupt keine Vergütung vorgesehen hatte[1].

3. Zuständigkeit bei Streit

204 Das Nachlassgericht kann von niemandem (auch vom Erblasser nicht) ermächtigt werden, die Höhe der Vergütung festzusetzen[2]. Im Streitfall entscheidet das **Prozessgericht**. Der Klageantrag sollte beziffert werden, teilweise lässt man jedoch einen unbezifferten Antrag mit Darlegung der Bemessungsgrundlagen und Angabe der Größenordnung genügen[3].

4. Der vermeintliche Testamentsvollstrecker

205 Fehlt es an einer wirksamen Anordnung, erhält der Testamentsvollstrecker aufgrund **Geschäftsbesorgungsvertrag** für seine bereits verrichtete Tätigkeit dann eine Vergütung, wenn er gutgläubig und der Erbe einverstanden war[4]. Fehlt es an diesen Voraussetzungen, erhält der Testamentsvollstrecker nichts[5]. Im Einzelfall könnte aber ein **Bereicherungsanspruch** bestehen[6]. Lag zunächst wirksame Anordnung vor und fiel diese nachträglich weg (z.B. bei auflösender Bedingung), kann der Testamentsvollstrecker im Falle guten Glaubens an den wirksamen Fortbestand des Amtes seinen Anspruch auf §§ 2218, 674 BGB stützen[7].

5. Mehrere Testamentsvollstrecker

206 Es wird keine Gesamtvergütung verteilt, sondern die Vergütung wird für jeden Vollstrecker gesondert errechnet. Ergibt sich aber aus der Aufgabenverteilung eine wechselseitige Entlastung, ist die für jeden einzeln errechnete Vergütung entsprechend zu kürzen[8]. Das OLG Karlsruhe ist mit guten Gründen der Auffassung, dass der Grundgedanke des § 2221 BGB bei zwei Testamentsvollstreckern eine schematische Teilung oder Verdoppelung der Regelvergütung verbiete. Bestehe einerseits eine Arbeitsteilung, andererseits die Pflicht, den anderen zu kontrollieren, so sei für jeden der Testamentsvollstrecker eine Vergütung von 75 Prozent der Regelvergütung angemessen[9].

---

1 Erman/*Schmidt*, § 2221 BGB Rz. 2; MüKo/*Zimmermann*, § 2221 BGB Rz. 6.
2 Erman/*Schmidt*, § 2221 BGB Rz. 3.
3 Erman/*Schmidt*, § 2221 BGB Rz. 5 m.w. Rechtsprechungs- und Literaturhinweisen.
4 Erman/*Schmidt*, § 2221 BGB Rz. 18; a.A. z.B. Palandt/*Edenhofer*, § 2221 BGB Rz. 11, die die Vergütung aufgrund analoger Anwendung der §§ 2218, 2221 BGB zusprechen.
5 Erman/*Schmidt*, § 2221 BGB Rz. 18.
6 Vgl. *Medicus*, Bürgerliches Recht, Rz. 899.
7 BGH v. 6.7.1977 – IV ZR 17/76, BGHZ 69, 235.
8 BGH v. 26.6.1967 – III ZR 95/65, NJW 1967, 2400; MüKo/*Zimmermann*, § 2221 BGB Rz. 16.
9 OLG Karlsruhe v. 21.12.2000 – 9 U 203/99, ZEV 2001, 286.

6. Die Höhe der Vergütung

a) Grundlagen der Bemessung

Es existiert kein Gesetz, auch keine hoheitliche Richtlinie. Die Gebührenordnungen zum Beispiel der Rechtsanwälte und Steuerberater gelten nicht, auch für Berufsträger nicht. Der Einzelfall entscheidet[1]. Bemessungskriterien sind der Wert des Brutto-Nachlasses[2] (bei Verwaltungsvollstreckung auch das Jahresergebnis), Pflichtenkreis, Schwierigkeitsgrad, Umfang und Dauer der Tätigkeit, Zahl und Alter der Beteiligten, Erfolg des Testamentsvollstreckers sowie das Einbringen spezieller Kenntnisse und Erfahrungen[3]. Der Testamentsvollstrecker kann seine Vergütung nicht selber verbindlich festlegen, das ist nur durch das Prozessgericht möglich[4]. 207

b) Regelvergütung

➲ **Beratungssituation:** Der Testamentsvollstrecker lässt das Nachlassverzeichnis von einem Steuerbüro errichten. Er belastet den Erben mit diesen Kosten. Der Erbe will diese von der Testamentsvollstreckervergütung jedoch abziehen.

Handelt es sich um eine Abwicklungsvollstreckung im üblichen Rahmen, erhält der Testamentsvollstrecker für seine gesamte Tätigkeit eine Gesamtvergütung in Höhe eines bestimmten **Prozentsatzes vom Bruttonachlass** (also ohne Abzug von Verbindlichkeiten, zuzüglich erbschaftsteuer- oder pflichtteilsrechtlich relevanter **Vorempfänge**, auch der Empfänger aufgrund von Verträgen zugunsten Dritter auf den Todesfall[5])[6]. Die Höhe des Prozentsatzes ist streitig, s. Rz. 210 ff. Es gilt der Bruttowert zum Zeitpunkt des Erbfalls, bei Verwaltungsvollstreckung kann eine Aktualisierung geboten sein[7]. Eine angemessene Reduzierung der Vergütung erfolgt bei vorzeitiger Beendigung des 208

1 Eine hilfreiche Darstellung der Vergütungsansprüche findet sich bei *Brüggemann*, Erbfolgebesteuerung 2007, 217.

2 Lt. BGH bei Dauertestamentsvollstreckung selbst dann aus dem gesamten Nachlasswert, wenn sich die Testamentsvollstreckung nur auf einen Erbteil bezieht, jedenfalls, solange die Erbengemeinschaft nicht auseinander gesetzt ist, vgl. BGH v. 27.10.2004 – IV ZR 243/03, ZEV 2005, 22; *Zimmermann*, ZEV 2001, 334, schlägt eine Abrechnung nach Zeitaufwand vor, was der großen Verantwortung des Testamentsvollstreckers jedoch nicht gerecht wird. Die Erfahrung des Autors dieses Abschnitts zeigt übrigens auch, dass potentielle Erblasser eine Testamentsvollstreckung nicht etwa deshalb nicht wollen, weil sich das Testamentsvollstreckerhonorar nach dem Wert des Aktivnachlasses bemisst. Wer um die Schwierigkeiten des Testamentsvollstreckeramtes weiß, hält eine Vergütung von 1 bis 4 Prozent vom Aktivnachlass für angemessen.

3 MüKo/*Zimmermann*, § 2221 BGB Rz. 8; Palandt/*Edenhofer*, § 2221 BGB Rz. 3 ff.; Erman/*Schmidt*, § 2221 BGB Rz. 6.

4 OLG Köln v. 19.3.2007 – 2 U 126/06, ZEV 2008, 335.

5 LG München I v. 2.2.2007 – 20 O 16805/06, ZEV 2007, 529; vgl. sehr erhellend *Voss*, ZErb 2007, 241.

6 MüKo/*Zimmermann*, § 2221 BGB Rz. 8; Staudinger/*Reimann*, § 2221 BGB Rz. 34; *Bengel/Reimann/Eckelskemper*, X Rz. 7.

7 Palandt/*Edenhofer*, § 2221 BGB Rz. 4.

Amts wegen Kündigung oder Entlassung sowie bei sehr schneller Erledigung der Aufgabe[1]. Gleiches gilt bei kostenverursachender Einsetzung Dritter, wenn der Testamentsvollstrecker die Aufgabe selber hätte durchführen können (**Ausgangsfall**)[2]. Unterliegt nur ein Teil des Nachlasses der Vollstreckung, ist nur dessen Bruttowert maßgeblich. Entsprechendes gilt für die Vollstreckung über ein Vermächtnis.

c) Sondervergütungen

➲ **Beratungssituation:** Da der Erblasser mehrere Wohnsitze hatte und sein Vermögen daher sehr verstreut liegt, zudem eine mühsame Erbenermittlung durchgeführt werden musste, was fast ein Jahr gedauert hat, verlangt der Testamentsvollstrecker neben einer „Grundgebühr" weiteres Honorar für die Verwaltung des Nachlasses.

209 Eine Testamentsvollstreckung umfasst in der Regel dreierlei:

- **Konstituierung** des Nachlasses (hierzu werden gezählt: Ermittlung und Inbesitznahme des Nachlasses, Erstellung des Nachlassverzeichnisses, Schuldentilgung, Zahlung der Erbschaftsteuer);
- **Verwaltung** (in Form der Zwischenverwaltung);
- **Auseinandersetzung**.

Im Normalfall erhält der Testamentsvollstrecker eine einzige Vergütung (Prozentsatz vom Bruttonachlass) für die Erledigung dieser drei Stufen. Um der Einzelfallgerechtigkeit willen erhält er nach allgemeiner Meinung jedoch dann eine **Extra**-Verwaltungsgebühr, wenn bereits die 1. Stufe, die Konstituierung, besonders arbeitsintensiv und verantwortungsvoll war (so könnte es im **Ausgangsfall** sein)[3]. Soll der Abwicklungstestamentsvollstrecker aufgrund der letztwilligen Verfügung eine Pauschalgebühr erhalten, kann er darüber hinaus weder eine Konstituierungsgebühr noch Gebühren für Teilhandlungen verlangen[4]. Die Verwaltungsgebühr wird genauso berechnet wie diejenige, die sich der Testamentsvollstrecker für die vom Erblasser verfügte Dauer- oder Verwaltungsvollstreckung verdient.

Eine solche (**periodische**) Verwaltungsgebühr ist im Rahmen der Dauervollstreckung (welche die Konstituierung umfasst) eine Sondervergütung. Üblicherweise erhält der Testamentsvollstrecker hierfür jährlich ⅓ bis ½ Prozent vom Bruttonachlass oder 2 bis 4 Prozent vom Jahresertrag. Abgerechnet wird die Gebühr in der Regel jährlich[5]. Die Berechnung der Gebühr für die reine Verwaltungsvollstreckung (ohne Konstituierung) erfolgt auf gleiche Weise.

---

1 *Winkler*, Rz. 608; Palandt/*Edenhofer*, § 2221 BGB Rz. 5.
2 BGH v. 22.12.1966 – VII ZR 195/64, BB 1967, 184.
3 BGH v. 22.5.1963 – V ZR 42/61, NJW 1963, 1615; BayObLG v. 12.12.1972 – BReg. 1 Z 70/71, BayObLGZ 1972, 379; zu den Voraussetzungen gerechtfertigter Zuschläge s. auch OLG Köln v. 19.3.2007 – 2 U 126/06, ZEV 2008, 335.
4 LG München I v. 2.2.2007 – 20 O 16805/06, ZEV 2007, 529.
5 Palandt/*Edenhofer*, § 2221 BGB Rz. 8.

Ungeklärt erscheint in Rspr. und Lit. die Frage, ob der Testamentsvollstrecker bei sehr aufwendiger Konstituierung neben der Grundvergütung (Prozentsatz vom Bruttonachlass) und der Extra-Verwaltungsgebühr als weitere Sondervergütung auch eine sog. **Abwicklungsgebühr** verlangen kann[1].

Als zusätzliche Sondervergütung teilweise anerkannt wird allerdings eine sog. **Auseinandersetzungsgebühr**. Voraussetzungen: Konstituierung, langjährige Verwaltung, dann erst (zudem schwierige) Auseinandersetzung[2].

d) Tabellenstreit um die Prozentsätze

➲ **Beratungssituation:** Der Nachlass hat einen Bruttowert von 250000 Euro. Der Testamentsvollstrecker einer normalen Abwicklungsvollstreckung möchte wissen, welche Vergütung er verlangen kann.

Schon die bisherigen Ausführungen verweisen auf ein unklares Bild. Vollends unübersichtlich wird es durch das Nebeneinander verschiedener heute gebräuchlicher Tabellen zum Prozentsatz vom Bruttonachlass. Der Berater muss den Mandanten zunächst einmal über ihre Wesenszüge informieren. 210

aa) „Rheinische Tabelle"

Die Richtlinien des „Vereins für das Notariat in Rheinpreußen" von 1925 (vom BGH als akzeptabel bezeichnet)[3] sehen (in Euro umgerechnet) wie folgt aus: 211

Nachlass bis 10000 Euro	4 %
darüber hinaus bis 50000 Euro	3 %
darüber hinaus bis 500000 Euro	2 %
darüber hinaus	1 %

Die Tabelle geht gemäß der ausdrücklichen Empfehlung des Vereins von normaler Abwicklung aus und sieht daher bei hohem Aufwand oder längerer Verwaltungstätigkeit eine höhere Gebühr vor. Zum **Verständnis**: Die jeweiligen Prozentsätze errechnen sich aus dem Mehrwert. Das ergibt bei einem Nachlass von 250000 Euro 4 % von 10000 Euro, 3 % von 40000 Euro und 2 % von 200000 Euro.

bb) „Rheinische Tabelle" plus Zuschlag (Alternativ-Vorschläge)

Wegen des Kaufkraftschwundes und der komplizierter gewordenen Rechtsverhältnisse schlagen (trotz der vom BGH hiergegen geäußerten Zurückhaltung)[4] einige Autoren vor, im Prinzip bei der „Rheinischen Tabelle" zu bleiben, sie jedoch mit Zuschlägen zu versehen: 212

1 S. dazu Palandt/*Edenhofer*, § 2221 BGB Rz. 9.
2 OLG Köln v. 8.7.1993 – 1 U 50/92, FamRZ 1994, 328.
3 BGH v. 28.11.1962 – V ZR 225/60 u. BGH v. 26.6.1967 – III ZR 95/65, LM Nr. 2 u. 4 (§ 2221 BGB).
4 BGH v. 26.6.1967 – III ZR 95/65, LM Nr. 4 (§ 2221 BGB).

Aktivnachlass	Prozentsatz
Möhring, neue Fassung:[1]	
Aktivnachlass bis zu 10000 Euro	7,5 (maximal 750 Euro)
bis zu 50000 Euro	5,4 (maximal 2160 Euro)
bis zu 500000 Euro	3,6 (maximal 16200 Euro)
bis zu 1000000 Euro	1,8 (maximal 9000 Euro)
darüber hinaus	1,0
Tschischgale:[2]	
Aktivnachlass bis zu 10000 Euro	5 % (maximal 500 Euro)
bis zu 50000 Euro	3,75 % (maximal 1500 Euro)
bis zu 500000 Euro	2,5 % (maximal 11250 Euro)
darüber hinaus	1,25 %
Eckelskemper:[3]	
Nachlasswert bis zu 50000 Euro	4 % (maximal 2000 Euro)
bis zu 250000 Euro	3 % (maximal 6000 Euro)
bis zu 1250000 Euro	2,5 % (maximal 25000 Euro)
bis zu 2500000 Euro	2 % (maximal 25000 Euro)
darüber hinaus	1 %
Berliner Praxis:[4]	
Nachlasswert bis zu 2500 Euro	10 % (maximal 250 Euro)
bis zu 10000 Euro	6 % (maximal 450 Euro)
bis zu 25000 Euro	4 % (maximal 600 Euro)
bis zu 50000 Euro	4 % (maximal 750 Euro)
bis zu 250000 Euro	2,4 % (maximal 10800 Euro)
bis zu 1000000 Euro	1,2 % (maximal 6000 Euro)
darüber hinaus	1 %

cc) Empfehlung Deutscher Notarverein[5]

212a

Nachlassbruttowert am Todestag	Höhe des Vergütungsgrundbetrags
bis 250000 EUR	4,0 %
bis 500000 EUR	3,0 %
bis 2500000 EUR	2,5 %
bis 5000000 EUR	2,0 %
über 5000000 EUR	1,5 %

Mindestmaß ist stets der höchste Betrag der Vorstufe.

1 Abgedruckt bei *Möhring/Beisswingert/Klingelhöffer*, Vermögensverwaltung in Vormundschafts- und Nachlasssachen, 7. Auflage, S. 224; ebenso bei *Winkler*, Rz. 582; s.a. *Klingelhöffer*, Vermögensverwaltung in Nachlasssachen, 2002, Rz. 323.
2 *Tschischgale*, JurBüro 1965, 89.
3 In *Bengel/Reimann/Eckelskemper*, X Rz. 105.
4 Abgedruckt bei *Tiling*, ZEV 1998, 331, 336.
5 Abgedruckt in ZEV 2000, 181 ff.

Alle vorgenannten Tabellen sind in der Praxis eingeführt. Der Testamentsvollstrecker steht aber vor der Frage, ob er die ihm jeweils günstigste Tabelle anwenden darf. Tut er es, so ist dies sicher kein Pflichtverstoß. Ob seine Forderung jedoch durchsetzbar ist, bleibt offen, weil bisher nur die „alte" Rheinische Tabelle[1] und die Tabellen von Tschischgale[2] und Möhring[3] gerichtliche Anerkennung gefunden haben. Die „neue" Rheinische Tabelle und die Empfehlungen des Deutschen Notarvereins stoßen in der Literatur auf Zustimmung[4]. Diese Tabelle hat bisher noch keine ausdrückliche gerichtliche Anerkennung gefunden, bemerkenswert ist jedoch eine Entscheidung des BayObLG, wo für einen Nachlasspfleger eine Gebühr von 4 Prozent aus einem Nachlass von 125 000 Euro für angemessen erklärt wurde[5].

dd) Eigener Vorschlag

Der hier unterbreitete Vorschlag basiert in erster Linie auf den in Rz. 202 genannten Gesichtspunkten, die darauf abstellen, dass eine zu starke Differenzierung mit dem Ziel der Einzelfallgerechtigkeit Rechtsunsicherheit schafft. Es sollten wieder mehr Orientierung und Planungssicherheit angestrebt werden. Das bedeutet: Tabelle ja, aber nicht zu viele Ausnahmen, handele es sich um Reduzierungen oder Zusatzvergütungen. 213

Neben der Rechtsklarheit hebt der hiesige Vorschlag auf folgende vier Aspekte ab:

- **Haftung:** Der Grundgedanke des RVG gilt auch für die Testamentsvollstreckervergütung. Auch wenn sich der Aufwand des Testamentsvollstreckers im Einzelfall in Grenzen hält, korrespondiert sein Risiko doch mit dem Volumen des Nachlasses. Trotz schneller Abwicklung ist eine Reduzierung daher nicht angebracht.
- In der Regel sind große Nachlässe schwieriger abzuwickeln, ganz abgesehen davon, welcher Druck auf einem Testamentsvollstrecker, der hierfür die Verantwortung trägt, lastet.
- Ein streng an der Gebührentabelle orientiertes Honorar könnte die Abwicklung beschleunigen, was meistens dem Interesse des Erben entspricht. Nicht selten verzögern Testamentsvollstrecker die Abwicklung, um zusätzliches Honorar zu verdienen, ein Unwesen, dem begegnet werden muss.
- Dieses Kapitel soll auch eine **Werbung** für die Institution „Testamentsvollstreckung" sein. Bekanntlich schrecken nicht wenige vor der Anordnung einer Testamentsvollstreckung zurück, weil sie das Vergütungswesen nicht durchschauen oder das Testamentsvollstreckerhonorar für zu hoch halten. Deshalb werden hier im Vergleich zu anderen Tabellen niedrigere Honorare

1 BGH v. 26.6.1967 – III ZR 95/65, NJW 1967, 2400, 2402.
2 OLG Frankfurt v. 16.2.2000 – 9 U 76/99, MDR 2000, 788.
3 OLG Karlsruhe v. 21.12.2000 – 9 U 203/99, ZEV 2001, 286.
4 Vgl. z.B. *Reimann*, DNotZ 2001, 344, 355 ff.; *Frieser/Sarres/Stückemann/Tschichoflos/Kopp*, Handbuch des Fachanwalts, 2. Auflage, S. 903.
5 Zitiert bei *Lieb*, Die Vergütung des Testamentsvollstreckers, S. 61 Fn. 244.

vorgeschlagen. Die Tätigkeit des Testamentsvollstreckers dürfte dennoch angemessen vergütet sein, wobei ihm in Risikofällen zu raten wäre, die Annahme des Amts von einer Haftungsbegrenzungsvereinbarung mit den Erben abhängig zu machen.

214 **Tabelle** (nach dem Grundmuster des RVG)

Aktivnachlass bis Euro	Honorar in Euro	Aktivnachlass bis Euro	Honorar in Euro
500	500	600000	13000
10000	1000	700000	14000
20000	1200	800000	15000
30000	1400	900000	16000
40000	1600	1000000	17000
50000	1800	1100000	18000
60000	2000	1200000	19000
70000	2200	1300000	20000
80000	2400	1400000	21000
90000	2600	1500000	22000
100000	2800	1750000	26000
120000	3200	2000000	30000
140000	3600	2250000	32500
160000	3800	2500000	35000
180000	4200	2750000	37500
200000	4600	3000000	40000
225000	5300	3250000	42000
250000	6000	3500000	43000
275000	6750	3750000	44000
300000	7500	4000000	45000
350000	8250	4250000	47000
400000	9000	4500000	48000
450000	10500	4750000	49000
500000	12000	5000000	50000

darüber 1 % vom Aktivnachlass

Im Regelfall ist mit einer Gebühr die gesamte Tätigkeit des Testamentsvollstreckers abgegolten, mit der h.M. ist aber eine angemessene Erhöhung vorzunehmen, wenn eine der Hauptstufen (Konstituierung, Verwaltung, Auseinandersetzung) auf krasse Weise von der Norm abweicht. Bei vorzeitiger Beendigung des Amts (Kündigung, Entlassung) erfolgt eine entsprechende Reduzierung, s. Rz. 190 ff. Für die Dauer- oder Verwaltungsvollstreckung bleibt es bei den in Rz. 209 genannten Werten, wobei dem Testamentsvollstrecker im Einzelfall, wenn die Tätigkeit hohen Zeitaufwand und ein beträchtliches Know-how erfordert, durchaus ein höherer Prozentsatz (zu denken ist an Quoten bis zu acht Prozent vom Jahresertrag) zustehen sollte.

7. Einkommensteuer, Mehrwertsteuer

Im Einzelfall kann es sein, dass Teile des Honorars des Testamentsvollstreckers nicht Einkommen[1], sondern Vermögensanfall von Todes wegen sind (Folge: insoweit Erbschaft- und Schenkungsteuer). Entscheidendes Kriterium ist die Angemessenheit der Vergütung. Eine unangemessen hohe Vergütung wird teilweise als Vermächtnis eingeordnet[2]. 215

Mehrwertsteuer fällt nur an, wenn die Testamentsvollstreckertätigkeit nachhaltig ausgeübt wird, was zum Beispiel für Rechtsanwälte in der Regel gelten dürfte[3]. Auch für einen Miterben-Testamentsvollstrecker, der nicht Anwalt ist, wurde die Nachhaltigkeit bejaht[4]. Nach richtiger Auffassung kann die Mehrwertsteuer zusätzlich zum Tabellenhonorar verlangt werden[5].

Wird gegen Entschädigung bzw. Schadensersatz auf die Ausübung des Testamentsvollstreckeramts verzichtet, so kann dies zur Umsatzsteuerpflicht führen[6].

Der Testamentsvollstrecker übt seine Tätigkeit auch dann im Inland aus, wenn die Erben im Drittlandsgebiet wohnen (mit der Folge der Umsatzsteuerpflicht)[7].

8. Fälligkeit, Vorschuss, Entnahme, Zurückbehaltungsrecht

Die Vergütung ist am Ende der Testamentsvollstreckung fällig, es sei denn, nach abgeschlossener Konstituierung schließt sich eine längere Verwaltung an und die Auseinandersetzung lässt noch auf sich warten. Dann ist bereits vorher eine angemessene Gebühr fällig[8]. Dauert eine Abwicklungstestamentsvollstreckung länger als vier Monate, dann ist ein Anspruch auf Vorschuss zuzubilligen. Bei Dauer- oder Verwaltungsvollstreckung kann Vergütung nach Zeitabschnitten verlangt werden, in der Regel jährlich, ggf. aber auch kürzer[9]. Fällige Vergütung darf vom Testamentsvollstrecker dem Nachlass **entnommen** werden[10]. Der Erbe kann das Honorar **zurückbehalten**, solan- 216

1 Der BFH bejaht jedoch die Auslösung von Einkommensteuer selbst in einem Fall, in dem das Testamentsvollstreckerhonorar die angemessene Höhe überschreitet, vgl. BFH v. 2.2.2005 – II R 18/03, dargestellt bei *Brüggemann*, Erbfolgebesteuerung 2005, 159 und ErbStB 2005, 148.
2 *Kirnberger*, ZEV 2001, 267.
3 MüKo/*Zimmermann*, § 2221 BGB Rz. 2; s. aber BFH v. 7.9.2006 – V R 6/05, ZEV 2007, 45, wo auch bei einer privat veranlassten Testamentsvollstreckung Mehrwertsteuerpflicht bejaht wird.
4 BFH v. 10.6.2002 – V B 135/01, ZEV 2002, 469.
5 *Möhring/Beisswingert/Klingelhöffer*, a.a.O., S. 236; MüKo/*Zimmermann*, § 2221 BGB Rz. 15; Einzelheiten s. *Bengel/Reimann/Eckelskemper*, X Rz. 122 ff.; *Zimmermann*, Die Testamentsvollstreckung, Rz. 710.
6 BFH v. 6.5.2004 – V R 40/02, ZEV 2004, 435.
7 BFH v. 3.4.2008 – V R 62/05, ZEV 2008, 451; s. auch EuGH v. 6.12.2007 – C – 401/06, ZEV 2008, 85; Einzelheiten vgl. *Demme*, ErbStB 2007, 50.
8 MüKo/*Zimmermann*, § 2221 BGB Rz. 22 u. 23.
9 MüKo/*Zimmermann*, § 2221 BGB Rz. 22.
10 *Bengel/Reimann/Eckelskemper*, X Rz. 122.

ge nicht Rechnung gelegt, der Testamentsvollstrecker kann den Nachlass **zurückbehalten**, solange die Schlussvergütung nicht gezahlt wurde[1].

9. Verjährung

217 Der Vergütungsanspruch – auch von Rechtsanwälten – verjährt seit dem 1.1.2010 in 3 Jahren (§ 195 BGB). Auch die periodisch fällig werdenden Vergütungsansprüche bei einer Verwaltungsvollstreckung verjähren gemäß § 195 BGB in 3 Jahren.

10. Minderung, Verwirkung der Vergütung

218 Endet das Amt vorzeitig, erfolgt eine angemessene Kürzung[2]. Grob pflichtwidriges Verhalten kann im Falle des Verschuldens zu einer Verwirkung des Vergütungsanspruchs führen[3].

11. Aufwendungsersatz, Auslagen

➲ **Beratungssituation:** Der Testamentsvollstrecker klagt eine Forderung ein und berechnet hierfür ein Honorar nach dem RVG. Der Erbe meint, dieses sei in der Testamentsvollstreckervergütung enthalten und dürfe nicht gesondert berechnet werden.

219 **Faustregel:** Alle Tätigkeiten des als Testamentsvollstrecker fungierenden Rechtsanwalts, die jeder Vollstrecker verrichten müsste, werden nicht gesondert vergütet. Bringt der Rechtsanwalt jedoch seine berufsspezifischen Dienste ein, z.B. Führen eines Prozesses für den Nachlass, erfolgt eine gesonderte Honorierung nach dem RVG (**Ausgangsfall**). Das Recht, zusätzliches Honorar zu verlangen, wird generell dann bejaht, wenn ein nicht juristisch gebildeter Laie vernünftigerweise anwaltliche Hilfe in Anspruch genommen hätte[4].

Der Testamentsvollstrecker kann **Auslagenersatz** verlangen. Der Anspruch ist im Gegensatz zur Testamentsvollstreckervergütung sofort fällig[5]. Der Testamentsvollstrecker muss die Auslagen vernünftigerweise für erforderlich gehalten haben (§§ 2218, 670 BGB). Dies gilt auch für Aufwendungen bzw. Auslagen, die durch die Einschaltung von Hilfspersonen entstanden sind.

220 ➲ **Beratungssituation:** Der Testamentsvollstrecker hat einen Steuerberater eingeschaltet, um eine Frage im internationalen Steuerrecht klären zu lassen. Der Erbe will das Steuerberaterhonorar auf die Testamentsvollstreckervergütung anrechnen. Zu Recht?

1 MüKo/*Zimmermann*, § 2221 BGB Rz. 25.
2 BGH v. 22.2.1965 – III 203/63, DRiZ 1966, 398.
3 MüKo/*Zimmermann*, § 2221 BGB Rz. 21.
4 *Winkler*, Rz. 635.
5 MüKo/*Zimmermann*, § 2221 BGB Rz. 26.

Nach BGH[1] muss ein Rechtsanwalt als Testamentsvollstrecker einfache Steuerfragen selbst klären oder auf eigene Kosten klären lassen. Ist die Rechtslage dagegen verwickelt, darf (und sollte) er einen Spezialisten einschalten. Dessen Honorar geht zulasten des Nachlasses.

12. Schuldner der Vergütung

Schuldner ist der Nachlass, Erben haften als Gesamtschuldner. Beschränkung der Haftung auf den Nachlass ist auch insoweit möglich[2]. Bezieht sich die Testamentsvollstreckung nur auf einen Erbteil, ist nach h.M. dennoch die ganze Erbengemeinschaft mit der Vergütung belastet[3]. 221

1 BGH v. 22.12.1966 – VII ZR 195/64, BB 1967, 184.
2 *Winkler*, Rz. 639.
3 BGH v. 22.1.1997 – IV ZR 283/95, NJW 1997, 1362; a.A. OLG Hamburg v. 12.9.1995 – 2 U 5/95, ZEV 1996, 184.

D. Das Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht

Schrifttum: A) Allgemeine Literatur zum Erbschaftsteuerrecht und zur Erbschaftsteuerreform: *Balle/Gress*, Eine neue Erbschaft- und Schenkungsteuer: Der Auftrag des BVerfG an den Gesetzgeber als Chance zu einer grundlegenden Reform, BB 2007, 2660; *Becker*, Die Erwachsenenadoption als Instrument der Nachlassplanung, ZEV 2009, 25; *Crezelius*, Unternehmenserbrecht, 1998; *Crezelius*, Der Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts, DStR 2007, 2277; *Crezelius*, Die Erbschaft- und Schenkungsteuer nach der Entscheidung des BVerfG v. 7.11.2006, DStR 2007, 415; *Crezelius*, Das neue Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht im Rechtssystem, ZEV 2009, 1; *Damas*, Eckpunkte zur Reform des Erbschaftsteuerrechts, ZRP 2008, 8; *Daragan*, Der Erbschaftsteuerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts – Anmerkungen und Folgerungen für die Praxis, ZErb 2007, 92; *Eisele*, Erbschaftsteuerreform 2008 – Grundzüge des neuen Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts auf der Grundlage des Referentenentwurfs für ein Gesetz zur Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts (ErbStRG), ZEV 2007, 550; *Fahrenschon*, Die Reform der Erbschaftsteuer, FR 2008, 358; *Fischl/Roth*, Die Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts zum 1.1.2009, NJW 2009, 177; *Flick/Piltz*, Der Internationale Erbfall, 2. Aufl. 2008; *Fuhrmann*, Erbschaftsteuerreform-Entwurf 2008: Erbfälle mit Auslandsbezug, KÖSDI 2008, 16111; *Geck*, Erbschaftsteuerreform: Darstellung der und Empfehlungen zu den geplanten Änderungen außerhalb der vorgelagerten Bewertung, ZEV 2008, 5; *Gürsching/Stenger*, Kommentar zum Bewertungsgesetz; Loseblatt (106. Ergänzungslieferung Mai 2009); *Halaczinsky*, Erbschaftsteuer – Reform im Entwicklungszustand, ZErb 2007, 269; *Halaczinsky*, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts – ein erster Überblick, UVR 2008, 21; *Herbach/Kühnold*, Reform der Erbschaft- und Schenkungsteuer 2008, DStZ 2008, 20; *Horn*, Die Kernpunkte der Erbschaftsteuerreform, ZFE 2008, 214; *Hübner*, Erbschaftsteuerreform 2009, 2009; *Kapp/Ebeling*, Kommentar zum Erbschaftsteuergesetz, Loseblatt (53. Ergänzungslieferung Mai 2009); *Kesseler/Hutmacher/Thouet*, Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts, ZNotP 2008, 45; *Landsittel*, Gestaltungsmöglichkeiten von Erbfällen und Schenkungen, 2. Aufl.; *Meincke*, Kommentar zum Erbschaftsteuergesetz, 15. Aufl. 2009; *Moench/Albrecht*, Erbschaftsteuer, 2. Aufl. 2009; *Moench/Kien-Hümbert/Weinmann*, Kommentar zum Erbschaftsteuergesetz, Loseblatt (50. Ergänzungslieferung Juli 2009); *Moench/Stempel*, Vermögensübertragungen vor und nach der Erbschaftsteuerreform, DStR 2008, 170; *Moench*, Verzicht auf den vorbehaltenen Nießbrauch – bevor es zu spät ist, ZEV 2008, 277; *Müller-Gatermann*, Das Abzinsungsmodell als eine Alternative zur geplanten Erbschaftsteuerreform, FR 2008, 353; *Pauli/Maßbaum*, Erbschaftsteuerreform 2009, 2009; *Raupach*, Der Verkehrswert als alleiniger Bewertungsmaßstab für Zwecke der Erbschaft- und Schenkungsteuer, DStR 2007, 2037; *Rave/Mannweiler/Kühnold*, Belastet die Erbschaftsteuerreform steuergesetzliche Tatbestände mehrfach mit Erbschaftsteuer und Einkommensteuer?, BB 2008, 753; *Richter/Welling*, Reform der Erbschaftsteuer, ZErb 2008, 160; *Roth/Fischl*, Aktuelle Gestaltungsmöglichkeiten und Handlungsbedarf nach der Erbschaftsteuer, NJW 2008, 401; *Schmidt*, Reform der Erbschaftsteuer, Wpg 2008, 239; *Schulte*, Die Reform der Erbschaftsteuer, FR 2008, 341; *Schulz/Werz*, Gestaltungsmodelle im Erbschaftsteuerrecht auf dem Prüfstand, BBEV 2008, 46; *Seer*, BVerfG-Beschluss vom 7.11.2006 und Gesetz zur Erleichterung der Unternehmensnachfolge – Zur Zukunft der Erbschaftsteuer, GmbHR 2007, 281; Seer, Der Beschluss des BVerfG zur Erbschaftsteuer vom 7.11.2006 – Analyse und Ausblick, ZEV 2007, 101; *Stahl/Fuhrmann*, Erbschaftsteuerreform-Entwurf 2008: Neue Rechtslage und Steuerplanung, KÖSDI 2008, 16056; *Stahl*, Bewertung nach dem Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht-Reform-Entwurf 2008, KÖSDI 2008, 16069; *Steiner*, Das neue Erbschaftsteuerrecht, 2009; *Steiner*, Pla-

nungssicherheit im Erbschaftsteuerrecht – Besteht die Gefahr einer rückwirkenden Verschärfung, ZEV 2007, 120; *Steiner*, Die Zukunft der Erbschaftsteuer – Erste Einschätzung der Entscheidung des BVerfG aus Beratersicht, ErbStB 2007, 78; *Steiner*, Die Erwachsenenadoption im Lichte der Erbschaftsteuerreform, ErbStB 2008, 83; *Thiele*, Neue Belastungen durch die Erbschaftsteuerreform, FR 2008, 356; *Thonemann*, Erbschaftsteuerreform – Änderungsantrag der Regierungsfraktionen, DB 2008, 2616; *Troll/Gebel/Jülicher*, Kommentar zum Erbschaftsteuergesetz, Loseblatt (37. Ergänzungslieferung März 2009*); Viskorf/Glier/Hübner/Knobel/Schuck*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Bewertungsgesetz, 2. Aufl. 2004; *Völkers/Weinmann/*Jordan, Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht, 3. Aufl. 2009; *Wachter*, Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung der Unternehmensnachfolge, ZErb 2007, 391; *Wachter*, Reform des Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts: Erste Konturen der geplanten Neuregelung, ZErb 2007, 442; *Wiegand*, Die Neuregelung des erbschaftsteuerlichen Bewertungsrechts auf der Grundlage der künftigen Bewertungsverordnungen, ZEV 2008, 129; *Zimmermann*, Erbschaftsteuerreform: § 25 ErbStG vor dem Aus, BBEV 2008, 56; *Zipfel*, Eckpunkte zum Referentenentwurf zur Erbschaftsteuerreform 2008, BB 2007, 2651.

B) Literatur zur Bewertung und Besteuerung von Immobilien: *Broekelschen/Maiterth*, Die geplante erbschaftsteuerliche Bewertung bebauter Grundstücke in Anlehnung an die WertV, FR 2008, 698; *Daragan*, Nutzungsrechte und genereller Nachweis des niedrigeren gemeinen Werts, ZEV 2008, 471; *Drosdzol*, Erbschaftsteuerreform: Die Bewertung des Grundvermögens, ZEV 2008, 10; *Drosdzol*, Die Einzelheiten der Grundstücksbewertung nach der „GrBewV", ZEV 2008, 177; *Drosdzol*, Die Bewertung und Besteuerung des Erwerbs von Grundvermögen, ZEV 2009, 7; *Eisele*, Erbschaftsteuerliches Bewertungsrecht – Verordnungsentwurf zur Neubewertung des Grundvermögens, NWB 2008, 695; *Grotens*, Grundbesitzbewertung: Ermittlung der üblichen Miete – Optionen und aktuelle Praxisprobleme – Ausblick auf das ErbStRG, BBEV 2008, 361; *Halaczinsky*, Immobilien verschenken und vererben nach Inkrafttreten der Erbschaftsteuerreform, ZErb 2009, 21; *Jülicher;* Handlungsoptionen und Handlungszwänge beim Vorbehaltsnießbrauch im ErbStG, ErbBstg 2008, 177; *Krause/Grootens*, Der Entwurf zur neuen Grundbesitzbewertung nach dem ErbStRG, BBEV 2008, 80, 132; *Schumann*, Erbschaftsteuerbefreiung für Familienheime nach der Erbschaftsteuerreform, DStR 2009, 197; *Szymborski*, Die Bewertung des Grundvermögens nach der Erbschaftsteuerreform 2008, Stbg 2008, 239; *Tremel*, Die zukünftige Grundstücksbewertung nach dem „ErbStRG" und der „GrBewV", DStR 2008, 753; *Wachter*, Die Immobilie im neuen Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht, in: FS Spiegelberger 2009, S. 524; *Zimmermann*, Fallsammlung zur neuen Grundbesitzbewertung, BBEV 2008, 211.

C) Literatur zur Bewertung und Besteuerung von Unternehmen: *Althof/Schulz/Markl*, Der Regierungsentwurf zur Erbschaftsteuerreform: Ausgewählte Zweifelsfragen bei Verwaltungsvermögen, Lohnsumme und der Begünstigung von Kapitalgesellschaften, BB 2008, 528; *Briese*, Unterschiedsbetrag, Gewinn und die Erbschaftsteuerreform – Anmerkung zum Entwurf der Anteils- und Betriebsvermögensbewertungsverordnung, BB 2008, 1097; *Broer/Spengel*, Belastungswirkungen der Erbschaftsteuerreform bei der Übertragung von Unternehmensvermögen, DB 2008, 86; *Casper/Altgen*, Gesellschaftsvertragliche Abfindungsklauseln – Auswirkungen der Erbschaftsteuerreform, DStR 2008, 2319; *Eisele*, Erbschaftsteuerliches Bewertungsrecht – Verordnungsentwurf zur Neuregelung der Anteils- und Betriebsvermögensbewertung, NWB 2008, 791; *Flöter/Matern*, Erbschaftsteuerreform: Fehlbewertung von Betriebsvermögen, NWB 2008, 1727; *Hannes/von Freden*, Der Abschluss eines erbschaftsteuerlich motivierten Poolvertrags unter Berücksichtigung von § 8c KStG, Ubg 2008, 624; *Hannes/Onderka*, Erbschaftsteuerreform: Die Besteuerung des Erwerbs von Betriebsvermögen – Keine Sternstunde der Steuervereinfachung, ZEV 2008, 16; *Hannes/Onderka*, Die Bewertung von Betriebsvermögen und Anteilen an Kapitalgesellschaften nach der „AntBVBewV", ZEV 2008, 173; *Hannes/Onderka*, Die Übertragung von Betriebsvermögen nach dem neuen Erbschaftsteuergesetz, ZEV 2009, 10; *Hübner*, Die „Erleichterung" der Unternehmens-

nachfolge nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, DStR 2007, 1013; *Jülicher*, Drohender Kollateralschaden der Erbschaftsteuerreform: Insolvenzvorsorge für den Schenker von betrieblichem Vermögen wird existentiell! ZErb 2008, 346; *Jülicher*, Mühlstein nach der Reform des ErbStG: Steuerpflicht des Ausscheidens zu einer gesellschaftsvertraglich bedingten Abfindung unter dem Verkehrswert, ZErb 2008, 214; *Knief*, Der kalkulatorische Unternehmerlohn für Steuerberater – Eine neue Herausforderung durch die Rechtsprechung des BGH und die Reform des Erbschaftsteuerrechts, DStR 2008, 1895; *Kühnhold/Mannweiler*, Erbschaftsteuer-Reform – Fehlerhafter Entwurf der Anteils- und Betriebsvermögensbewertungsverordnung?, BB 2008, 1879; *Landsittel*, Auswirkungen des Erbschaftsteuerreformgesetzes auf die Unternehmensnachfolge, ZErb 2009, 11; *Lüdicke*, Gesetzentwurf zur Erbschaftsteuerreform – Kritische Würdigung und Handlungsempfehlungen zur Nutzung des derzeitigen Rechts, DB 2007, 2792; *Mannek*, Diskussionsentwurf für eine Anteils- und Betriebsvermögensbewertungsverordnung – AntBVBewV, DB 2008, 423; *Pach-Hanssenheimb*, Erbschaftsteuerreform: Verschonungsabschlag statt Bewertungsvorteile beim Betriebsvermögen, DStR 2008, 957; *Perwein*, Sperrt die erfolgte Inanspruchnahme des Freibetrages nach § 13a Abs. 1 ErbStG die Geltendmachung des zukünftigen Abzugsbetrags gemäß § 13a Abs. 2 ErbStG-E?, DStR 2008, 1080; *Piltz*, Verwaltungsvermögen im neuen Erbschaftsteuerrecht, ZEV 2008, 229; *Piltz*, Unternehmensbewertung im neuen Erbschaftsteuerrecht, DStR 2008, 746; *Reith/Gehweiler*, Das neue System von Steuervergünstigungen für die Übertragung von Betriebsvermögen nach dem geplanten Erbschaftsteuerreformgesetz, BWNotZ 2008, 26; *Riedel*, Gesellschaftsvertragliche Nachfolgeregelungen im Lichte der neuen Erbschaftsteuer, ZErb 2009, 2; *Rödder/Schönfeld/Zehnpfennig*, Geltendes und geplantes Erbschaftsteuerrecht aus Sicht von Familienunternehmen im Überblick, DStR 2007, 1020; *Rödder*, Das neue Unternehmenserbschaftsteuerrecht – die wesentlichen Prüfungspunkte aus Sicht von Familienunternehmen, DStR 2008, 997; *Röder*, Verkehrswertnahe Bewertung von Betriebsvermögen: Vermeidung einer systemwidrigen Doppelbelastung mit Einkommensteuer und Erbschaftsteuer, ZEV 2008, 169; *Scholten/Korezkij*, Begünstigungen für Betriebsvermögen nach der Erbschaftsteuerreform – begünstigte Erwerbe und begünstigtes Vermögen, DStR 2009, 73; *Schulz/Althof/Markl*, Der Regierungsentwurf zur Erbschaftsteuerreform: Ausgewählte Zweifelsfragen bei Verwaltungsvermögen, Lohnsumme und der Begünstigung von Kapitalgesellschaftsanteilen, BB 2008, 528; *Schwedhelm/Faedrich*, Die Erbschaftsteuerreform aus der Sicht der GmbH, GmbH-StB 2008, 110; *Siegmund/Ungemach*, Erbschaftsteuerreform 2008: Schenkungen unter Nießbrauchsvorbehalt bei Übertragung von Unternehmensvermögen, DStZ 2008, 453; *Spengel/Broer*, Belastungswirkungen der Erbschaftsteuerreform bei der Übertragung von Unternehmensvermögen, DB 2008, 86; *Vernekohl*, Erbschaftsteuerreform – Verwaltungsvermögen: „50 % ist nicht die Hälfte", ErbBstg 2008, 175; *Wälzholz*, Zuwendung betrieblicher Mischgrundstücke und mittelbare Zuwendung von Betriebsvermögen – Gefahr für die Begünstigungen nach §§ 13a und 19a ErbStG, BB 2007, 2035; *Wälzholz*, Der Entwurf zur neuen Bewertung von Anteils- und Betriebsvermögen nach dem ErbStRG, BBEV 2008, 139; *Wälzholz*, Schenkungsteuerliche Behandlung von Vermögenstransfers zwischen der GmbH und ihren Gesellschaftern, ZEV 2008, 273; *Weber/Schwind*, Vertragliche Ausgestaltung von Pool-Vereinbarungen unter Berücksichtigung des neuen Erbschaftsteuerrechts, ZEV 2009, 16; *Wehrheim/Rupp*, Die Reform der Erbschaftsteuer und ihre Bedeutung für die Betriebsaufspaltung, DB 2008, 1455.

D) Sonstiges Schrifttum: *Eisele*, Erbschaftsteuerliches Bewertungsrecht – Verordnungsentwurf zur Neubewertung des land- und forstwirtschaftlichen Vermögens, NWB 2008, 895; *Fechner*, Die Reform des Erbschaftsteuer- und des Bewertungsrechts aus Unternehmersicht, FR 2008, 349; *Fleischer*, Vermögensübergabe gegen private Versorgungsleistungen nach dem JStG 2008, ZEV 2007, 475; *Hutmacher*, Erbschaftsteuerreform: Einzelheiten zur Bewertung und Verschonung des land- und forstwirtschaftlichen Ver-

mögens, ZNotP 2008, 218; *Hutmacher*, Die Bewertung und Besteuerung des Erwerbs von land- und forstwirtschaftlichem Vermögen, ZEV 2009, 22.

E) Literatur zum Internationalen Erbschaftsteuerrecht: *Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann*, Internationales Erbrecht, Loseblatt (74. Ergänzungslieferung März 2009); *Flick/Piltz*, Der internationale Erbfall, 2. Aufl. 2008; *Jülicher*, Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht im internationalen Kurzüberblick, ZErb 2004, 14; *Nagel*, Übersicht über die Erbschaftsteuern in der EU, ZEV 1998, 463; *Scheffler/Spängel*, Erbschaftsteuerbelastungen im internationalen Vergleich, BB 2004, 967; *Süß*, Erbrecht in Europa, 2. Aufl. 2008; *Troll/Gebel/Jülicher*, Erbschaftsteuergesetz, Loseblatt (37. Ergänzungslieferung März 2009), Anhang zu § 21 ErbStG: Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht im Ausland.

	Rz.
I. Überblick	
1. Ziele der Nachfolgeplanung	1
2. Erbschaftsteuerreform	7
II. Das Mandat vor dem Erbfall: Steuerprophylaxe	
1. Vermögensstrukturanalyse als Ausgangspunkt: Bewertungsfragen	9
2. Das neue Bewertungsrecht	
a) Allgemeines	10
b) Bewertung des Grundvermögens	
aa) Überblick	12
bb) Bewertung unbebauter Grundstücke	15
cc) Bewertung bebauter Grundstücke	
(1) Überblick	16
(2) Die gesetzlichen Bewertungsverfahren	
(a) Vergleichswertverfahren	17
(b) Ertragswertverfahren	19
(c) Sachwertverfahren	22
dd) Erbbaurechtsgrundstücke und Gebäude auf fremden Grund und Boden	25
(1) Bewertung des Erbbaurechts	26
(2) Bewertung des Erbbaugrundstücks	28
(3) Bewertung bei Gebäuden auf fremdem Grund und Boden	30
(4) Grundstücke im Zustand der Bebauung	31
c) Bewertung des Betriebsvermögens und von Anteilen an Kapitalgesellschaften	
aa) Überblick	33
bb) Bewertungsmethoden	34
cc) Vereinfachtes Ertragswertverfahren	
(1) Anwendungsbereich	35
(2) Schema des vereinfachten Ertragswertverfahrens	36
(3) Die einzelnen Berechnungsschritte des vereinfachten Ertragswertverfahrens	
(a) Steuerbilanzgewinn	37
(b) Korrektur des Jahresertrages	38
(c) Ertragsteueraufwand	39
(d) Kapitalisierungsfaktor	40
(e) Hinzurechnungen zum Ertragswert	43
dd) Zurechnung von Gesellschaftsanteilen	
(1) Anteile an Kapitalgesellschaften	44
(2) Anteile an Personengesellschaften	45
d) Bewertung des land- und forstwirtschaftlichen Vermögens	
aa) Bewertungssystem	47
bb) Umfang des land- und forstwirtschaftlichen Vermögens	50
cc) Bewertung des Wirtschaftsteils	51
(1) Reinertragsverfahren	52
(2) Mindestwert	53
(3) Liquidationswert	54
dd) Bewertung der Betriebswohnungen und des Wohnteils	55
ee) Stückländereien	57

Rz.

e) Bewertung sonstiger Vermögensgegenstände
aa) Bewertungsgrundsatz . . . 58
bb) Bewertung von Wertpapieren und Schuldbuchforderungen 60
cc) Anteile an Kapitalgesellschaften 61
dd) Kapitalforderungen und Schulden 62
ee) Lebens-, Kapital- und Rentenversicherungen . . 63
ff) Wiederkehrende Nutzungen und Leistungen . 64

3. Das neue Erbschaftsteuerrecht
a) Grundzüge der Erbschaftsteuerreform 2009 65
b) Steuertarif und Freibeträge
aa) Tarif 66
bb) Freibeträge
(1) Persönliche Freibeträge . 70
(2) Sachliche Freibeträge . . . 73
c) Verschonungsregeln für Immobilien
aa) Abschlag für Mietwohnimmobilien 74
bb) Abschlag für Baudenkmäler 77
cc) Verschonung des Familienheims
(1) Steuerbefreiung für die lebzeitige Zuwendung an den Ehegatten 78
(2) Steuerbefreiung des Familienheims beim Erwerb von Todes wegen
(a) Erwerb durch den Ehegatten 79
(b) Erwerb durch ein Kind . . 85
(3) Zusammenfassende Übersicht 88
dd) Stundungsregelung 89
d) Verschonungsregeln für Betriebsvermögen
aa) Übersicht
(1) Begünstigungsmethode . 90
(2) Voraussetzungen der Begünstigung 91
(3) Person des Begünstigten 93
(a) Rechtslage bis zum 31.12.2008 94
(b) Rechtslage seit 1.1.2009 95

Rz.

bb) Begünstigungsfähiges Vermögen 100
cc) Begünstigungsschädliches Verwaltungsvermögen
(1) Verwaltungsvermögenstest 102
(2) „Junges Verwaltungsvermögen“ 103
(3) Definition des Verwaltungsvermögens 104
(a) Dritten zur Nutzung überlassene Grundstücke 105
(b) Anteile an Kapitalgesellschaften 106
(c) Beteiligungsstrukturen . 107
(d) Wertpapiere und vergleichbare Forderungen 108
(e) Kunstgegenstände etc. . 110
dd) Regelverschonung und Abzugsbetrag 111
ee) Nachbesteuerung
(1) Behaltensfrist und Lohnsummentest 112
(a) Veräußerung 113
(b) Überentnahmen 114
(c) Lohnsummentest
(aa) Anwendungsbereich . . . 115
(bb) Ausgangslohnsumme . . 116
(2) Umfang der Nachbesteuerung
(a) Veräußerungsfall 117
(b) Fälle der Überentnahme 118
(c) Fälle der Lohnsummenunterschreitung 119
(d) Kumulation von Verstößen 120
(3) Anzeigepflicht 121
ff) Verschonungsoption . . . 122
gg) Tarifbegrenzung 125
hh) Schuldenabzug 126

4. Wahl der richtigen Vermögensstruktur
a) Vermögensanlage in Immobilien
aa) Familienheim 128
bb) Mietwohnimmobilien . 129
cc) Wohnungsunternehmen 130
b) Gesellschaftsrechtliche Gestaltungen

Rz.

aa) Kapitalgesellschaften ... 131
bb) Abfindungsbeschränkungen ... 132
c) Vorbereitung auf den Verwaltungsvermögenstest ... 134
aa) Überschreiten der Quote 135
(1) Reduzierung des Verwaltungsvermögens
(2) Erhöhung des „Produktivvermögens“
bb) Unterschreiten der Verwaltungsvermögensquote ... 136
d) Kulturgut ... 137
e) Vermögensverlagerung ins Ausland ... 139
f) Unternehmensvermögen im Ausland ... 140
5. Gestaltung des persönlichen Lebensbereichs
a) Heirat und ehelicher Güterstand ... 141
b) Eintragung der Lebenspartnerschaft ... 142
c) Adoption ... 143
d) Steuerflucht? ... 144
6. Vorweggenommene Erbfolge
a) Mehrfache Ausnutzung der Freibeträge durch zeitliche Staffelung ... 145
b) Verteilung von Zuwendungen und Generationensprung ... 148
c) Dreiecks- und Kettenschenkung ... 150
d) Gelegenheitsgeschenke ... 152
e) Zuwendungen für Unterhalt und Ausbildung ... 153
f) Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt
aa) Abschaffung des Abzugsverbots ... 154
bb) Auswirkungen bei der Einkommensteuer ... 155
cc) Auswirkungen bei der Grunderwerbsteuer ... 157
dd) Bewertungswahlrecht .. 158
ee) Verzicht auf den Nießbrauch ... 159
g) Erhalt der Steuerklasse I 160
h) Mittelbare Grundstücksschenkung ... 161

Rz.

aa) Fortbestehende Bewertungsunterschiede ... 162
bb) Begünstigung nach § 13c ErbStG ... 163
i) Familienheim ... 164
j) Gestaltungen mit dem Güterstand ... 166
aa) Erbrechtlicher Zugewinnausgleich ... 167
bb) Güterrechtlicher Zugewinnausgleich ... 170
cc) Zugewinnausgleich während der Ehe ... 172
k) Gemeinschaftskonten und -depots ... 176
l) Schenkung der Schenkungsteuer ... 179
m) Schenkung der Schenkungsnebenkosten? ... 180
n) Zuwendungen mit Lebens- und Rentenversicherungen
aa) Allgemeines ... 181
bb) Absicherung des Ehegatten oder Lebenspartners ... 182
cc) Lebens- und Rentenversicherungen als Instrument der vorweggenommenen Erbfolge ... 183
7. Steuergünstige Gestaltungen im Testament ... 184
a) Optimierung des Berliner Testaments
aa) Ausgangssituation ... 185
bb) Optimierungsmöglichkeiten ... 186
b) Vor- und Nacherbfolge
aa) Ausgangssituation ... 191
(1) Besteuerung des Vorerben ... 192
(2) Besteuerung des Nacherben ... 193
(a) Nacherbfolge zu Lebzeiten des Vorerben ... 194
(b) Nacherbfolge bei Tod des Vorerben ... 195
(c) Zusammentreffen von Erbfall und Nacherbschaft ... 196
bb) Optimierung der Vor- und Nacherbschaft 197
c) Generationensprung ... 198

Rz.

d) Vermächtnisregelungen
aa) Nießbrauchsvermächtnis ... 200
(1) Besteuerung des Vermächtnisnehmers ... 201
(2) Besteuerung des Nießbrauchsbelasteten ... 204
bb) Rentenvermächtnis ... 205
cc) Sachvermächtnis ... 206
dd) Verschaffungsvermächtnis ... 207
ee) Kaufrechtsvermächtnis ... 208
e) Ausgleich der Steuerbelastung ... 209

III. Das Mandat nach dem Erbfall: Optimale Abwicklung

1. Steuerliche Pflichten der Beteiligten ... 210
a) Erbschaftsteuerliche Pflichten ... 211
aa) Anzeigepflicht von Erwerbern und Schenkern ... 212
bb) Anzeigepflichten sonstiger Stellen ... 216
cc) Erklärungspflicht ... 221
dd) Einfluss auf die Verjährung ... 222
b) Anzeigepflicht nach § 153 Abs. 1 AO ... 223
c) Nachträgliche Anzeigepflichten
aa) Anzeigepflichten bei Unternehmensvermögen ... 227
bb) Anzeigepflicht nach § 153 Abs. 2 AO ... 228
2. Möglichkeiten steuergünstiger Abwicklung
a) Bewertungsfragen und Ausübung steuerlicher Wahlrechte ... 229
b) Ausschlagung ... 230
c) Zugewinnausgleich berechnen ... 233
d) Geltendmachung des Pflichtteils ... 234
aa) Ausschöpfen von Freibeträgen ... 235
bb) Zeitliche Steuerung ... 238
cc) Bewertung des Pflichtteilsanspruchs ... 239
e) Gestaltungen bei Geldvermächtnissen ... 240

Rz.

f) Erfüllung ungültiger letztwilliger Verfügungen ... 241
g) Erlassantrag ... 242
h) Gewinnrealisierung ... 243
i) Stiftung ... 244

IV. Internationales Erbschaftsteuerrecht

1. Systemüberblick ... 245
2. Doppelbesteuerungsabkommen ... 248
3. Grundzüge des deutschen Internationalen Erbschaftsteuerrechts
a) Persönliche Steuerpflicht ... 250
b) Vermeidung von Doppelbesteuerung nach § 21 ErbStG ... 255
4. Gestaltungshinweise ... 257
a) Wohnsitz und Staatsangehörigkeit ... 258
b) Vorweggenommene Erbfolge oder Erbfall ... 261
c) Umwandlung von Vermögen ... 262
aa) Vermeidung der beschränkten Steuerpflicht ... 263
bb) Schaffung von Anrechnungsvoraussetzungen ... 264
d) Schuldenzuordnung ... 265
5. ABC der einzelnen Staaten
Australien ... 266
Belgien ... 267
Bulgarien ... 268
Dänemark ... 269
Estland ... 270
Frankreich ... 271
Griechenland ... 272
Großbritannien ... 273
Israel ... 274
Italien ... 275
Japan ... 276
Kanada ... 277
Kroatien ... 278
Lettland ... 279
Liechtenstein ... 280
Litauen ... 281
Luxemburg ... 282
Malta ... 283
Mazedonien ... 284
Mexiko ... 285
Monaco ... 286
Neuseeland ... 287

	Rz.
Niederlande	288
Norwegen	289
Österreich	290
Polen	291
Portugal	292
Rumänien	293
Russland	294
Schweden	295
Schweiz	296
Slowakische Republik	297
Slowenien	298
Spanien	299
Südafrika	300
Tschechien	301
Türkei	302
Ungarn	303
USA	304
Zypern	305

I. Überblick

1. Ziele der Nachfolgeplanung

1 Die Nachfolgeplanung hat typischerweise vier **Ziele:**

- gerechte Vermögensaufteilung
- Versorgung der Senioren
- Erhalt des Familienfriedens
- Vermeidung unnötiger Steuern

Hinzu kommt bei der Unternehmensnachfolge die Sicherung des Fortbestands des Betriebs.

2 Welchen Stellenwert bei diesen teilweise divergierenden Planungszielen das **Steuersparen** hat, hängt naturgemäß von den Umständen des Einzelfalls ab. In manchen Fällen tritt dieses Motiv wegen ausreichend hoher Freibeträge völlig zurück, in anderen Fällen droht eine Substanzbesteuerung allein durch die Erbschaftsteuer in Höhe von mehr als 20 oder 25 %. Im betrieblichen Bereich kommt das **Ertragsteuerproblem** hinzu[1]: Ist der Erbe gezwungen, das betriebliche Vermögen ganz oder teilweise zu veräußern oder kommt es bei der Erbteilung zu Entnahmevorgängen, so entstehen Einkommensteuerbelastungen, die die Gesamtsteuerbelastung des Nachlasses auf 50 % und mehr anheben können. Ähnliches gilt, wenn der Erbe Vermögen übernimmt, das nach § 23 EStG steuerverstrickt ist, weil die dort vorgesehenen Fristen, insbesondere die 10-jährige Behaltensfrist für Immobilien, noch nicht abgelaufen sind. Die Wiedereinführung einer begrenzten Anrechnung der Erbschaftsteuer auf die Einkommensteuer durch die Erbschaftsteuerreform 2009 (§ 35b EStG) lindert dieses Problem, löst es aber nicht.

3 Diese Betrachtung zeigt, dass es bei der **Nachfolgeplanung** nicht damit getan ist, die Erbschaft- und Schenkungsteuer zu betrachten. Weitere relevante Steuerarten sind vorrangig die Einkommensteuer, daneben auch die Grunderwerbsteuer, die Gewerbesteuer und die Umsatzsteuer.

1 Systemüberblick bei *Crezelius*, Rz. 172 ff. und *Landsittel*, Rz. 588 ff.

Die Steuerentwicklung der letzten Jahre zeigt ferner sehr deutlich, dass es sich um einen **dynamischen Planungsprozess** handelt. Insbesondere im Unternehmensbereich sind die gefundenen Nachfolgeregelungen kontinuierlich daraufhin zu überprüfen, ob aus einer Veränderung der familiären, wirtschaftlichen oder steuerrechtlichen Rahmenbedingungen ein Anpassungsbedarf resultiert. 4

Für den Berater ergeben sich **zwei Arbeitsschwerpunkte:** Das Mandat **vor** dem Erbfall und das Mandat **nach** dem Erbfall.

Vor dem Erbfall geht es darum, bei Wahrung der sonstigen Planungsziele **die Steuerlast zu minimieren**. Hierbei ergeben sich wiederum drei Gestaltungsschwerpunkte: 5

- Das Vermögen muss optimal strukturiert werden, um Steuerbefreiungen auszunützen, insbesondere für das Familienheim und für Betriebsvermögen.
- Durch vorweggenommene Erbfolge können die persönlichen Freibeträge u.U. mehrfach ausgeschöpft werden[1]. Auch aus Gründen der Planungssicherheit hat dieser Gesichtspunkt besondere Bedeutung: Die Erbschaftsteuerreform 2009 steht politisch wie verfassungsrechtlich so stark in der Kritik, dass ihr Fortbestand ungewiss ist[2]. In geeigneten Fällen empfiehlt es sich daher, die Vergünstigungen des derzeitigen Rechts durch vorweggenommene Erbfolge auszunutzen.
- Im Testament werden durch sinnvolle Gestaltung Besteuerungsvorgänge vermieden (Generationensprung) sowie Steuerbefreiungen und Freibeträge optimal genutzt.

Beim Mandat **nach dem Erbfall** steht zunächst die steuerlich korrekte Abwicklung im Vordergrund, insbesondere wenn der Verstorbene steuerliche Sünden hinterlassen hat. Daneben bestehen in eingeschränktem Umfang noch Gestaltungsmöglichkeiten durch Ausschlagung, Geltendmachung von Pflichtteilen und Berechnung des Zugewinnausgleichs. Schließlich sind auch die Behaltensfristen des neuen Erbschaftsteuerrechts zu überwachen. 6

2. Erbschaftsteuerreform

Mit der Erbschaftsteuerreform 2009 wurde das Bewertungsrecht völlig neu geregelt: **Bewertungszie**l ist der Verkehrswert. Zudem kam es zu weitreichenden Änderungen im Erbschaftsteuerrecht, insbesondere bei den Begünstigungen für Betriebsvermögen. Die beratende und gestaltende Tätigkeit ist dadurch schwieriger geworden: Zum einen betrifft dies den tatsächlichen Bereich, weil das Bewertungsziel Verkehrswert naturgemäß Bewertungsunsicherheiten und damit Prognoseunsicherheiten mit sich bringt, im rechtlichen Bereich grenzt die Kompliziertheit des neuen Rechts in manchen Segmenten, 7

1 Zur vorweggenommenen Erbfolge s. auch B I.
2 Hierzu *Crezelius*, ZEV 2009, 1, 2; *Steiner*, Rz. 7 ff.

insbesondere bei den Begünstigungen für Betriebsvermögen, ans Absurde, zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe des neuen Erbschaftsteuerrechts bergen ein Höchstmaß an Rechtsunsicherheit.

8 Die Rechtsansicht der Finanzverwaltung zu den zahlreichen klärungsbedürftigen Fragen des neuen Rechts ist mittlerweile in fünf gleich lautenden **Erlassen** der obersten Finanzbehörden der Länder niedergelegt worden. Wenngleich die dort vertretenen Ansichten nicht unkritisch übernommen werden können, bilden diese Erlasse für die Beratungspraxis naturgemäß eine wichtige Erkenntnisquelle. Im Einzelnen handelt es sich um

- die Erlasse vom 30.3.2009 zur Feststellung von Grundbesitzwerten, Anteilswerten und von Betriebsvermögenswerten („Feststellungserlass" – nachfolgend FE)[1];
- die Erlasse vom 1.4.2009 zur Bewertung des land- und forstwirtschaftlichen Vermögens nach dem 6. Abschnitt des 2. Teils des BewG („Bewertungserlass Land- und Forstwirtschaft" – nachfolgend BE LuF)[2];
- die Erlasse vom 5.5.2009 zur Bewertung des Grundvermögens nach dem 6. Abschnitt des 2. Teils des BewG („Bewertungserlass Grundvermögen" – nachfolgend BE GrV)[3];
- die Erlasse vom 25.6.2009 zur Anwendung der §§ 11, 95 bis 109 und 199 ff. BewG i.d.F. durch das Erbschaftsteuerreformgesetz („Bewertungserlass Betriebsvermögen" – nachfolgend BE BV)[4];
- die Erlasse vom 25.6.2009 zur Anwendung der geänderten Vorschriften des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes („Anwendungserlass" – nachfolgend AE)[5].

II. Das Mandat vor dem Erbfall: Steuerprophylaxe

1. Vermögensstrukturanalyse als Ausgangspunkt: Bewertungsfragen

9 Neben der Analyse der persönlichen Situation ist die Analyse der Vermögensstruktur des Erblassers der Kernpunkt für eine gelungene Nachfolgeplanung. Sie ist in **dreierlei** Hinsicht bedeutsam:

- Erkennen drohender **Liquiditätsprobleme**:

  Der Erbfall belastet typischerweise die Liquidität des Familienvermögens, bspw. durch Auszahlung weichender Erben oder Pflichtteilsberechtigter, durch Zahlung eines etwaigen Zugewinnausgleichs an den Ehegatten und durch anfallende Ertrag- und Erbschaftsteuern.

1 BStBl. 2009 I, 546.
2 BStBl. 2009 I, 552.
3 BStBl. 2009 I, 590, hierzu *Drosdzol*, DStR 2009, 1405.
4 BStBl. 2009 I, 698.
5 BStBl. 2009 I, 713; hierzu *Wälzholz*, DStR 2009, 1605.

– Erkennen von **Verwaltungs- und Verteilungsproblemen**:

  Ist der Nachlass leicht oder schwierig zu verwalten und zu verteilen?

– Erkennen der **begünstigungsrechtlichen Struktur**:

  Bis zur Erbschaftsteuerreform 2009 war es das A und O des Steuersparens, die Vorteile des Bewertungsrechts auszunützen, bspw. für Immobilien und Betriebsvermögen. Heute liegt der Fokus nicht mehr auf der Bewertungs-, sondern auf der Begünstigungsebene: Es gilt, auf der Grundlage der Bewertung des potentiellen Nachlasses die Voraussetzungen zu schaffen, damit Erben und Vermächtnisnehmer im Erbfall umfangreiche Vergünstigungen in Anspruch nehmen können, bspw. für den Erwerb des Familienheims oder für Betriebsvermögen.

2. Das neue Bewertungsrecht

a) Allgemeines

Nach den **Vorgaben des BVerfG**[1] blieb dem Gesetzgeber nichts anderes übrig, als Vermögen für Zwecke der Erbschaft- und Schenkungsteuer generell mit dem Verkehrswert anzusetzen. Denn das BVerfG differenziert zwischen der Bewertungs- und der Begünstigungsebene. Auf der **Bewertungsebene** lässt es dem Gesetzgeber kaum Spielraum, weil es generell die Bewertung zum Verkehrswert vorschreibt. Erst auf einer zweiten Ebene, der **Begünstigungsebene**, können dann aus Gründen des Gemeinwohls Begünstigungen in das Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht eingebaut werden. 10

Das Gebot der Bewertung zum Verkehrswert macht nicht nur der Finanzverwaltung das Leben schwer, auch die Gestaltungspraxis hat es künftig wesentlich schwerer, bei Planungen den Wert von Immobilien und vor allem von Betriebsvermögen zu prognostizieren. Um der Verwaltung praktikable Vorgaben zu machen, hat der Gesetzgeber versucht, vereinfachte Bewertungsverfahren heranzuziehen, diese finden sich für land- und forstwirtschaftliches Vermögen in §§ 158 bis 175 BewG, für Grundvermögen in §§ 176 bis 178 BewG und für Anteils- und Betriebsvermögen in §§ 199 bis 203 BewG. Stets besteht die Möglichkeit, dass der Steuerpflichtige im Einzelfall durch Gutachten nachweist, der tatsächliche Verkehrswert sei niedriger als derjenige, der sich nach den gesetzlichen Bewertungsmethoden ermittelt; es gibt also jeweils sog. Öffnungsklauseln. 11

b) Bewertung des Grundvermögens[2]

aa) Überblick

Nach der Erbschaftsteuerreform 2009 gibt es im deutschen Steuerrecht drei verschiedene **Regelungsmodelle**: 12

1 BVerfG v. 7.11.2006 – 1 BvL 10/02, NJW 2007, 573; hierzu *Seer*, ZEV 2007, 101; *Steiner*, ErbStB 2007, 78.

2 Überblick bei *Fliedner/Halaczinsky*, ErbStB 2009, 59.

– Grundbesitz wird für die Grundsteuer, wie bisher, nach dem Einheitswert bewertet (§§ 68 bis 94 BewG);

– für Sonderfälle der Grunderwerbsteuer bleibt es bei der alten Bedarfsbewertung (§ 8 Abs. 2 GrEStG i.V.m. §§ 138 ff. BewG);

– für die Erbschaft- und Schenkungsteuer gelten die Neuregelungen in §§ 176 bis 198 BewG.

Das Erbschaftsteuerrecht verweist in § 12 Abs. 3 ErbStG auf die §§ 176 ff. BewG. Bewertungsziel ist nach den Vorgaben des BVerfG der gemeine Wert i.S.v. § 9 BewG, also der Verkehrswert. Zu dessen Ermittlung sieht das Gesetz standardisierte Verfahren vor.

13 Diese Bewertungsverfahren gelten nach § 176 Abs. 1 BewG für Grundvermögen, hierzu zählen:

– der Grund und Boden, die Gebäude, die sonstigen Bestandteile und das Zubehör,

– das Erbbaurecht,

– das Wohnungseigentum, Teileigentum, Wohnungserbbaurecht und Teilerbbaurecht.

Als negative Abgrenzung ist vorgesehen, das Grundvermögen nicht ist, was land- und forstwirtschaftliches Vermögen oder Betriebsgrundstück ist (§§ 99, 158, 159 BewG). § 99 Abs. 2 BewG a.F. sah bei gemischt genutzten Grundstücken vor, dass ein Grundstück insgesamt als Betriebsgrundstück galt, wenn es zu mehr als der Hälfte seines Werts dem Gewerbebetrieb diente, andernfalls gehörte es vollständig zum Grundvermögen. Diese Vorschrift wurde gestrichen, so dass ertragsteuerlich gemischt genutzte Grundstücke, welche teilweise zum Betriebs- und teilweise zum Privatvermögen zählen, zwar einheitlich bewertet werden, der Wert dann aber nach ertragsteuerlichen Grundsätzen aufzuteilen ist[1].

14 Der Steuerpflichtige hat die Möglichkeit zum Nachweis eines niedrigeren Verkehrswerts (§ 198 Satz 1 BewG). Die Beweislast liegt bei ihm. Er hat auch die Kosten für die Führung des Nachweises, also insbesondere für die Erstellung eines Sachverständigengutachtens zu tragen. Alternativ kann ein niedrigerer Verkehrswert auch durch einen stichtagsnahen Kaufpreis nachgewiesen werden[2]. Ob die Kosten für die Führung des Nachweises nach § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG abzugsfähig sind, ist noch nicht geklärt. Dies sollte aber möglich sein: Gesetzliches Bewertungsziel ist die Erfassung des Verkehrswerts. Wenn die gesetzlich vorgesehenen Verfahren dieses Ziel im Einzelfall verfehlen, darf dies nicht zulasten des Steuerpflichtigen wirken[3].

1 Abschnitt 13 BE BV.
2 Abschnitt 43 BE GrV sieht als Faustregel die Zeitspanne von einem Jahr vor oder nach dem Bewertungsstichtag vor.
3 A.A. *Troll/Gebel/Jülicher*, § 10 ErbStG, Rz. 220 und (zum alten Bewertungsrecht) FG Nürnberg v. 21.11.2002 – IV 350/2001, EFG 2003, 603.

bb) Bewertung unbebauter Grundstücke

15 Unbebaute Grundstücke sind solche, auf denen sich keine benutzbaren Gebäude befinden (§ 178 BewG)[1]. Sie werden wie bisher mit den **Bodenrichtwerten** angesetzt (§ 179 BewG). Allerdings entfällt der früher im Bewertungsrecht verankerte Sicherheitsabschlag von 20 % (obwohl das BVerfG diesen nicht beanstandet hatte). Unbebaute Grundstücke werden somit künftig regelmäßig entsprechend höher bewertet.

Maßgeblich ist nach dem Gesetz der vom Gutachterausschuss der jeweiligen Gemeinde vor dem Stichtag zuletzt ermittelte Bodenrichtwert. Gibt es keinen Bodenrichtwert, so wird der Wert aus den Werten vergleichbarer Flächen abgeleitet[2]. Wie bisher ist vorgesehen, dass eine abweichende Bebaubarkeit des zu bewertenden Grundstücks durch Umrechnungskoeffizienten berücksichtigt wird[3].

cc) Bewertung bebauter Grundstücke

(1) Überblick

16 Bebaute Grundstücke sind solche, auf denen sich **benutzbare** Gebäude befinden (§ 180 BewG). Der Gesetzgeber unterscheidet in § 181 BewG zwischen einzelnen Grundstücksarten wie bspw. Ein- und Zweifamilienhäusern, Mietwohngrundstücken oder Geschäftsgrundstücken. Dort findet sich auch die nähere Definition für die einzelnen Grundstücksarten.

§ 183 BewG enthält für bebaute Grundstücke drei **unterschiedliche** Bewertungsmethoden, je nach Art des Gebäudes:

Grundstücksart	**Bewertungsverfahren**	**Rechtsgrundlage**
Wohnungseigentum, Teileigentum, Einfamilienhäuser, Zweifamilienhäuser	**Vergleichswertverfahren**	§§ 182 Abs. 2, 183 BewG
Mietwohngrundstücke, Geschäftsgrundstücke und gemischt genutzte Grundstücke, für die sich eine übliche Miete ermitteln lässt	**Ertragswertverfahren**	§§ 182 Abs. 3, 184 BewG
Wohnungseigentum, Teileigentum, Einfamilienhäuser, Zweifamilienhäuser, soweit ein Vergleichswert nicht vorliegt; Geschäftsgrundstücke, für die sich keine übliche Miete ermitteln lässt; sonstige bebaute Grundstücke	**Sachwertverfahren**	§§ 182 Abs. 4, 189 BewG

1 Näher Abschnitt 4 BE GrV.
2 Abschnitt 5 BE GrV.
3 Abschnitt 6 BE GrV mit Berechnungsbeispielen in H 6.

(2) Die gesetzlichen Bewertungsverfahren

(a) Vergleichswertverfahren

17 Dieses Verfahren gilt für Wohnungs- und Teileigentum sowie für Ein- und Zweifamilienhäuser. Fehlen Vergleichspreise, so gilt ersatzweise das Sachwertverfahren.

Die Einzelheiten regelt § 183 BewG. Die Vergleichspreise ermitteln vorrangig die Gutachterausschüsse, nachrangig kann die Finanzverwaltung auch auf ihr vorliegende Vergleichspreise zurückgreifen, bspw. aus Erfahrungen mit der Grunderwerbsteuer.

Hilfsweise können Vergleichsfaktoren herangezogen werden, die die Gutachterausschüsse für geeignete Bezugseinheiten ermittelt haben, bspw. durchschnittliche Quadratmeterkaufpreise für Eigentumswohnungen.

18 Wertbeeinflussende Besonderheiten des einzelnen Grundstücks, bspw. die Belastung mit einem Wohnrecht, bleiben ausdrücklich unberücksichtigt (§ 183 Abs. 3 BewG). Hier ist der Steuerpflichtige also darauf angewiesen, einen abweichenden Verkehrswert im Einzelfall nachzuweisen, insbesondere durch Sachverständigengutachten.

Beispiel[1]**:**

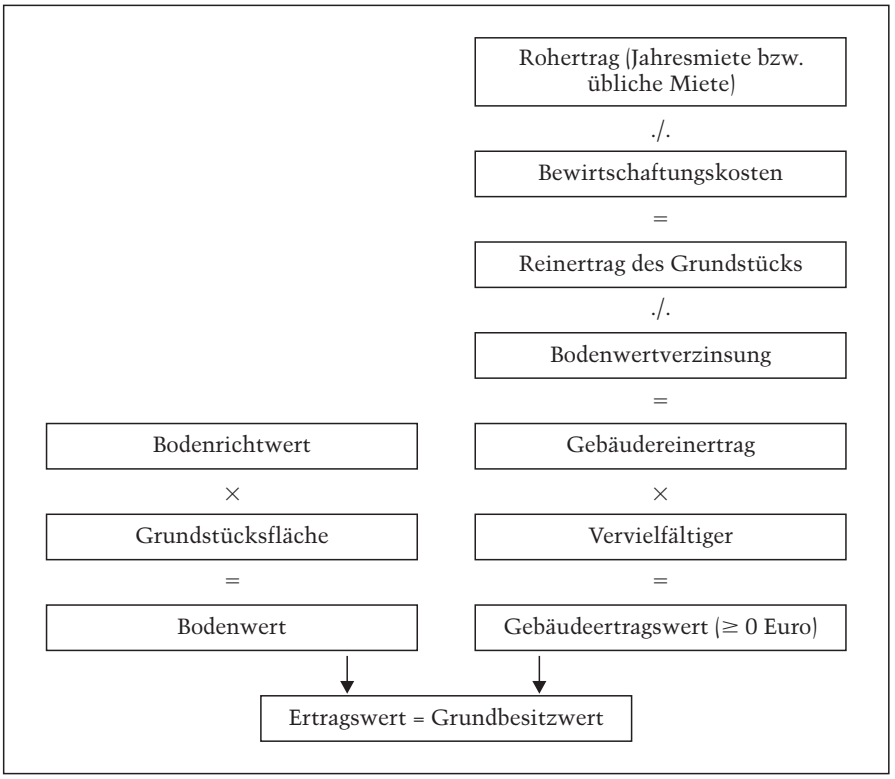
E erbt eine Eigentumswohnung mit 50 qm Wohnfläche, Baujahr 1970. Der Gutachterausschuss hat als mittleren Kaufpreis 2000 Euro pro qm ermittelt (für Wohnungen im betreffenden Stadtteil mit dem betreffenden Baujahr und der entsprechenden Größe). Der Wert der Einheit beträgt somit 50 × 2000 Euro = 100 000 Euro. Will E einen Wertabschlag geltend machen, weil die Anlage einen Instandhaltungsrückstau aufweist, so muss er dies über ein Sachverständigengutachten nachweisen (§ 198 BewG). Gleiches gilt, falls die Wohnung bspw. mit einem Wohnrecht belastet ist.

(b) Ertragswertverfahren

19 Das Ertragswertverfahren kommt zur Anwendung bei Mietwohngrundstücken, Geschäftsgrundstücken und gemischt genutzten Grundstücken, wenn sich bei den letztgenannten eine übliche Miete ermitteln lässt (§ 182 Abs. 3 BewG). Ausgangspunkt ist der Bodenwert des unbebauten Grundstücks (§ 179 BewG), dem der Gebäudeertragswert hinzugerechnet wird, mindestens anzusetzen ist aber der Bodenwert, es gibt also keinen negativen Gebäudeertragswert. Wiederum bleiben sonstige wertbeeinflussende Umstände unberücksichtigt, so dass der Steuerpflichtige im Einzelfall einen niedrigeren gemeinen Wert nachweisen muss (§ 198 BewG).

1 Weiteres Beispiel in H 12 BE GrV.

Schematisch sieht das Verfahren wie folgt aus: 20



Die einzelnen Rechengrößen sind in §§ 185 bis 187 BewG definiert.

Beispiel[1]**:**

Vermietetes Mehrfamilienhaus 21

Schenkung eines Mietwohngrundstücks in Stuttgart, Grundstücksfläche 800 qm, Wohnfläche 1200 qm, Bodenrichtwert 1500 Euro pro qm, Baujahr 1955, durchschnittliche monatliche Netto-Kaltmiete pro qm 9 Euro.

Der Ertragswert bestimmt sich wie folgt:

Schritt 1:

Ermittlung des Bodenwerts (§ 179 BewG):

Bodenrichtwert 1500 Euro × Grundstücksfläche 800 qm =
Bodenwert: 1,2 Mio. Euro.

1 Weitere Beispiele in H 24 BE GrV.

Schritt 2:

Ermittlung des Gebäudeertragswerts (§ 185 BewG):

a) Rohertrag (Jahresnetto-Kaltmiete) 1200 qm Wohnfläche × 9 Euro × 12 Monate = 129 600 Euro.

b) Abzug der Bewirtschaftungskosten:

Für Mietwohngrundstücke geht das Gesetz nach Anlage 22 von einer wirtschaftlichen Gesamtnutzungsdauer von 80 Jahren aus. Bei Baujahr 1955 bleiben somit im Jahr 2009 noch 26 Jahre Restnutzungsdauer. Für eine Restnutzungsdauer zwischen 20 und 29 Jahren pauschaliert Anlage 23 des Gesetzes die Bewirtschaftungskosten mit 27 % der Jahresnetto-Kaltmiete.

Abzugsbetrag somit 27 % aus 129 600 Euro = 34 992 Euro.

c) Der Reinertrag des Grundstücks beträgt 129 600 Euro ./. 34 992 Euro = 94 608 Euro.

d) Die Bodenwertverzinsung pauschaliert das Gesetz in § 188 Abs. 2 Nr. 1 BewG für Mietwohngrundstücke mit 5 %.

5 % aus 1,2 Mio. Euro = 60 000 Euro

Somit verbleibt ein Gebäudereinertrag von 34 608 Euro.

e) Bei einem Liegenschaftszins von 5 % und einer Restnutzungsdauer von 26 Jahren sieht Anlage 21 des Gesetzes hierfür einen Vervielfältiger von 14,38 vor:

Gebäudereinertrag 34 608 Euro × 14,38 = 497 663 Euro Gebäudeertragswert.

Schritt 3:

Der Ertragswert des Grundstücks ergibt sich aus der Summe von Bodenwert (1,2 Mio. Euro) und Gebäudeertragswert (497 663 Euro), vorliegend somit 1 697 663 Euro.

(c) Sachwertverfahren

22 Als **Auffanglösung** kommt das Sachwertverfahren zur Anwendung:

- Bei Wohnungseigentum, Teileigentum, Ein- und Zweifamilienhäusern, wenn sich keine geeigneten Vergleichspreise oder Vergleichsfaktoren ermitteln lassen;
- bei Geschäftsgrundstücken und gemischt genutzten Grundstücken; wenn sich keine übliche Miete ermitteln lässt.

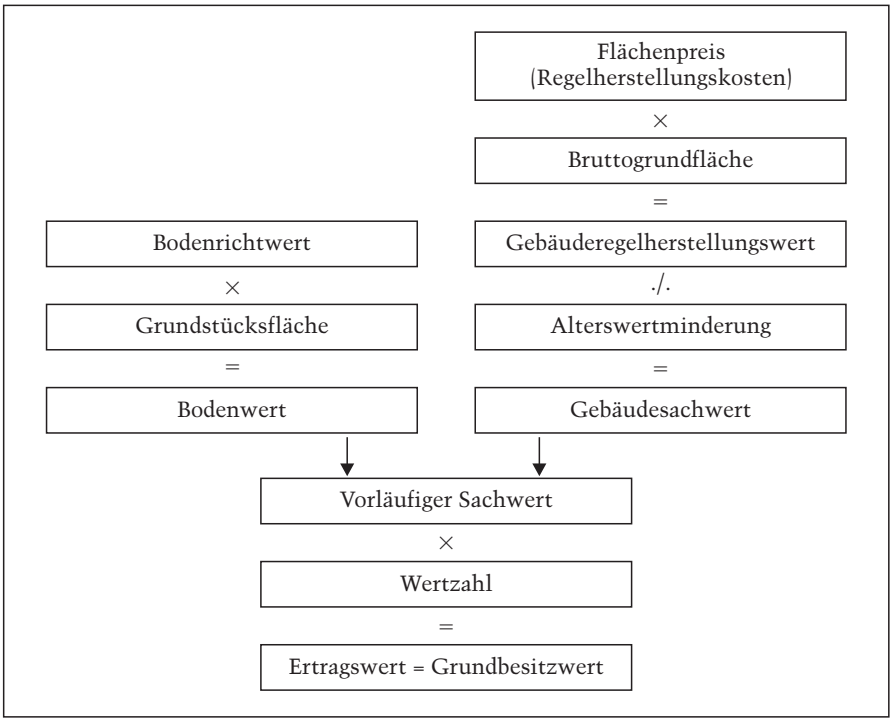
Zudem wird es bei sonstigen bebauten Grundstücken angewandt.

In der Praxis wird das Verfahren vor allem bei individuell gestalteten Ein- und Zweifamilienhäusern Anwendung finden, weil sich dort meist keine geeigneten Vergleichspreise finden lassen.

Nach dem Sachwertverfahren wird der Wert des Gebäudes (Gebäudesachwert) getrennt vom Bodenwert ermittelt. Sonstige bauliche Anlagen sind dabei regelmäßig mit abgegolten, es sei denn, sie wären besonders werthaltig wie bspw. ein größeres Außenschwimmbecken bei einem Einfamilienhausgrundstück[1].

1 Abschnitt 29 BE GrV sieht eine Abgrenzung nach Größenmerkmalen vor, bspw. für Mauern, Wege, Freitreppen und Schwimmbäder.

Schematisch sieht das Sachwertverfahren wie folgt aus: 23



Die einzelnen Rechengrößen sind in §§ 189 bis 191 BewG definiert.

Beispiel:

Einfamilienhaus in Augsburg: Grundstücksfläche 800 qm, Bodenrichtwert 250 Euro/qm, Gebäudebaujahr 1980, ausgebautes Dachgeschoss, unterkellert, BGF 300 qm, gehobene Ausstattung; Doppelgarage (BGF 40 qm). 24

Der Grundstückswert ermittelt sich nach § 189 BewG wie folgt:

Schritt 1:

Bodenwert 800 qm × 250 Euro =	200 000 Euro

Schritt 2:

Ermittlung des Gebäudesachwerts Regelherstellungskosten nach Ziffer II der Anlage 24 (Gebäudeklasse 1.11 = 900 Euro pro qm BGF) × BGF 300 qm = Gebäudeherstellungswert	270 000 Euro
Garage:	
Regelherstellungskosten nach Ziffer II der Anlage 24 (Gebäudeklasse 4.11 = 290 Euro pro qm BGF) × BGF 40 qm = Gebäudeherstellungswert	11 600 Euro
Summe der Gebäudeherstellungswerte:	281 600 Euro

Schritt 3:

Alterswertminderung:

30 Jahre × 1,25 % (abgeleitet aus der Gesamtnutzungsdauer von 80 Jahren gemäß Anlage 22) × 281 600 Euro = 105 600 Euro.
Der Gebäudesachwert beträgt somit 281 600 Euro abzüglich 105 600 Euro Alterswertminderung = 176 000 Euro.

Schritt 4:

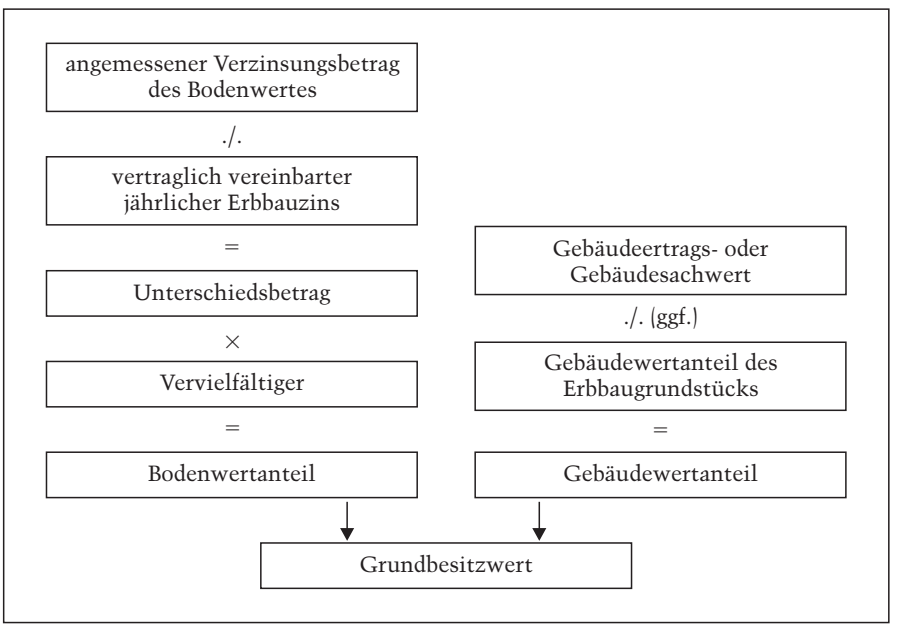
Die Summe aus Bodenwert (200 000 Euro) und Gebäudesachwert (176 000 Euro) ergibt den vorläufigen Sachwert von 376 000 Euro. Die Wertzahl nach Anlage 25 beträgt 0,9, so dass sich ein Grundstückswert von 376 000 Euro × 0,9 = 338 400 Euro ergibt.

dd) Erbbaurechtsgrundstücke und Gebäude auf fremden Grund und Boden

25 Wie bereits nach altem Recht werden die Werte für die wirtschaftliche Einheit Erbbaurecht einerseits und für die wirtschaftliche Einheit belastetes Grundstück andererseits gesondert ermittelt (§ 192 BewG).

(1) Bewertung des Erbbaurechts

26 Vorrangig ist das Erbbaurecht nach dem Vergleichswertverfahren zu bewerten. In der Praxis bleibt dies meist **Theorie**, da es an geeigneten Vergleichspreisen fehlen wird. In der Mehrzahl der Fälle ist der Wert daher aus dem Bodenwertanteil und dem Gebäudewertanteil abzuleiten. Nach der gesetzlichen Regelung in § 193 BewG ergibt sich folgendes **Schema**:



Die einzelnen Rechengrößen werden in § 193 BewG definiert.

Beispiel[1]**:**

Mietwohngrundstück mit 1000 qm Bodenfläche (angemessene Größe), Bodenwert 400 Euro/qm, Jahresnetto-Kaltmiete 40000 Euro, Baujahr 1980, jährlicher Erbbauzins 10000 Euro, Bewertungsstichtag im Jahr 2009. Vom Gutachterausschuss ermittelte Liegenschaftszinssätze existieren nicht, bei Rückfall wird der Gebäudewert voll entschädigt. Die Restlaufzeit des Erbbaurechts beträgt 30 Jahre. Zu ermitteln ist der Wert des Erbbaurechts, geeignete Vergleichskaufpreise oder Vergleichsfaktoren liegen nicht vor. 27

Schritt 1:

Ermittlung des Bodenwertanteils (§ 193 Abs. 3 und 4 BewG)

Angemessener Verzinsungsbetrag des Bodenwerts nach § 193 Abs. 4 Nr. 2 BewG = 5 % von 400000 Euro =	20000 Euro
abzüglich vertraglich vereinbarter jährlicher Erbbauzins	10000 Euro
Unterschiedsbetrag	10000 Euro
× Vervielfältiger nach Anlage 21 bei Restlaufzeit 30 Jahre 15,37	
= Bodenwertanteil	153700 Euro

Schritt 2:

Ermittlung des Gebäudewertanteils (§ 193 Abs. 5 i.V.m. § 185 BewG)

Der Gebäudewertanteil entspricht dem Gebäudeertragswert:	
Rohertrag	40000 Euro
abzüglich Bewirtschaftungskosten pauschaliert nach Anlage 23 bei einer Restnutzungsdauer von 51 Jahren mit 23 % =	9200 Euro
= Reinertrag	30800 Euro
abzüglich Verzinsung des Bodenwerts nach Liegenschaftszinssatz 5 % aus 400000 Euro =	20000 Euro
= Gebäudereinertrag	10800 Euro
× Kapitalisierungsfaktor nach Anlage 21 bei einer Restnutzungsdauer von 51 Jahren, also × 18,34	
= Gebäudeertragswert	198072 Euro

Schritt 3:

Wert des Erbbaurechts

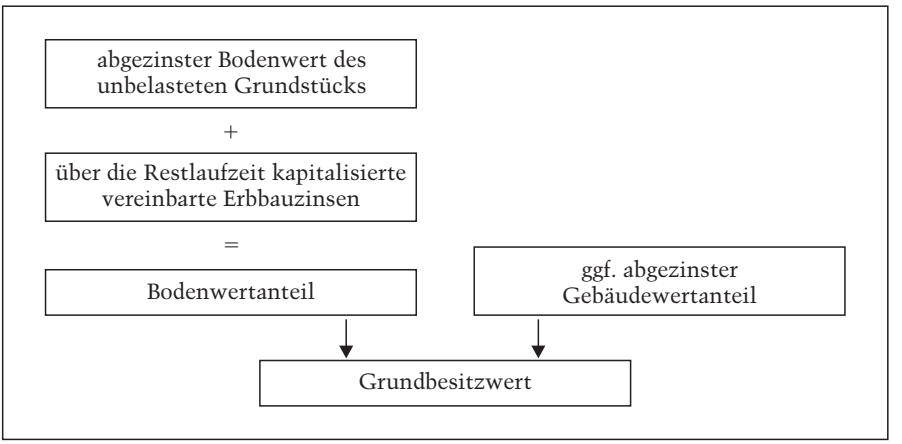
Bodenwertanteil	153700 Euro
Gebäudewertanteil	198072 Euro
Wert der wirtschaftlichen Einheit Erbbaurecht	351772 Euro

(2) Bewertung des Erbbaugrundstücks

Auch hier ist nach dem Gesetz das Vergleichswertverfahren vorrangig anzuwenden, wiederum werden aber meist geeignete Vergleichspreise fehlen, denn die Vergleichsgrundstücke müssen folgende Kriterien aufweisen: gleiche Grundstücksart, gleich hohe Erbbauzinsen, annähernd gleiches Bodenwertniveau, annähernd gleiche Restlaufzeit des Erbbaurechtsvertrags mit annähernd gleicher Möglichkeit zur Anpassung des Erbbauzinses. Wenn solche Vergleichspreise, wie meist, fehlen, ist nach dem Gesetz der Wert des Erbbaugrundstückes mit dem Bodenwertanteil anzusetzen, dieser ist um einen Ge- 28

1 Weiteres Beispiel in H 36 BE GrV.

bäudewertanteil zu erhöhen, falls der Wert des Gebäudes vom Eigentümer des Gebäudegrundstücks nicht oder nur teilweise zu entschädigen ist. Es gilt folgendes **Schema**:



Die einzelnen Rechengrößen ergeben sich aus den Anlagen 21 und 26 des BewG.

Fortführung des Beispiels[1]:

29 Ermittlung des Werts der wirtschaftlichen Einheit Erbbaugrundstück (belastetes Grundstück):

abgezinster Bodenwert des unbelasteten Grundstücks:	
0,2314 × 400 000 Euro =	92 560 Euro
zuzüglich über die Restlaufzeit kapitalisierte Erbbauzinsen	
15,37 × 10 000 Euro =	153 700 Euro
Bodenwertanteil	246 260 Euro

Keine Erhöhung um einen Gebäudewertanteil, da volle Entschädigung vereinbart.

Wert des Erbbaugrundstücks 246 260 Euro.

(3) Bewertung bei Gebäuden auf fremdem Grund und Boden

30 Ebenso wie in Fällen des Erbbaurechts werden auch hier die Werte für die wirtschaftliche Einheit des Gebäudes auf fremden Grund und Boden und für die wirtschaftliche Einheit des belasteten Grundstücks gesondert ermittelt (§ 195 BewG).

(4) Grundstücke im Zustand der Bebauung

31 Ein solches Grundstück liegt vor, wenn zum Stichtag das Gebäude noch nicht bezugsfertig war. Hierzu bestimmt § 196 BewG, dass der Wert des unbebauten

1 S.a. das Beispiel in H 37 BE GrV.

Grundstücks und die bis zum Bewertungsstichtage entstandenen Herstellungskosten addiert werden.

Beispiel:

Bauherr B hat ein mit einem alten Haus bebautes Grundstück erworben, um dort ein Einfamilienhaus neu zu errichten. Grundstücksgröße 1000 qm, Bodenrichtwert 300 Euro/qm. Als er kurz nach Fertigstellung des Aushubs der Baugrube verstirbt, sind folgende Kosten angefallen: 32

Planungskosten 25 000 Euro, Abbruch des alten Hauses und Beseitigung des Bauschutts 20 000 Euro, Aushub der Baugrube 15 000 Euro.

Der Grundstückswert setzt sich zusammen aus:

a)	Wert des unbebauten Grundstücks 1000 qm × 300 Euro	= 300 000 Euro
b)	Am Bewertungsstichtag entstandene Herstellungskosten (Planung und Abbruch)	= 40 000 Euro
c)	Wert des Grundstücks im Zustands der Bebauung	= 340 000 Euro[1]

c) Bewertung des Betriebsvermögens und von Anteilen an Kapitalgesellschaften

aa) Überblick

Seit der Erbschaftsteuerreform 2009 gelten zwei Grundsätze: 33

- **Rechtsformneutralität**: Während bisher Unternehmen alleine wegen ihrer Rechtsform unterschiedlich bewertet wurden, hat die Rechtsform nunmehr keine Auswirkung mehr auf die Bewertung. Es wird lediglich noch unterschieden zwischen Gesellschaften mit und ohne Börsennotierungen.
- Grundsatz der **Gesamtbewertung**: Das gesamte Unternehmen wird anhand seiner Ertragsaussichten bewertet, die Bewertung der einzelnen Wirtschaftsgüter hat nur noch Auffangcharakter.

bb) Bewertungsmethoden[2]

Bei den Bewertungsmethoden gilt die **Reihenfolge**: 34

- **Börsenkurs:** Anteile an Kapitalgesellschaften, die an einer deutschen Börse notiert sind, werden mit dem Kurswert angesetzt (§ 11 Abs. 1 BewG), es gilt der niedrigste am Stichtag notierte Kurs, ggf. kommt bei einem Erwerb von mehr als 25 % der Anteile ein Paketzuschlag hinzu (§ 11 Abs. 3 BewG). Der Börsenkurs hat Vorrang vor allen anderen Bewertungsverfahren.

1 Die Abbruchkosten betreffen die Baureifmachung des Grundstücks und zählen m.E. nicht zu den Herstellungskosten (ebenso Abschnitt 41 BE GrV). Dies ist auch die Konsequenz daraus, dass sie bei der Ermittlung des Bodenwerts unberücksichtigt bleiben.

2 Zu Besonderheiten der Auslandsbewertung *Gottschalk*, ZEV 2009, 157.

– **Vergleichspreise:** Mangels Kurswert soll der gemeine Wert aus Verkäufen unter fremden Dritten abgeleitet werden, die weniger als ein Jahr zurückliegen (§ 11 Abs. 2 BewG). Die Bewertung nach Vergleichspreisen gilt nicht nur für Anteile an Kapitalgesellschaften, sondern auch für sonstiges Betriebsvermögen (§ 109 BewG). Ein zeitnaher Verkauf durch die Erben, also ein Kaufpreis nach dem Stichtag, wäre an sich der beste Gradmesser für den Verkehrswert, wird wegen des Wortlauts von § 11 Abs. 2 BewG aber nicht als Nachweis des gemeinen Werts anerkannt[1].

– **Ertragswertverfahren**

  Fehlt es auch an Vergleichspreisen, so ist der Verkehrswert unter Berücksichtigung der Ertragsaussichten oder nach einer anderen anerkannten Methode zu ermitteln. Maßgeblich ist die Methode, die auch ein Erwerber der Bemessung des Kaufpreises zugrunde legen würde. Hier kommen auch umsatzbezogene Wertermittlungen in Betracht oder auch die Addition von Sachwert und Goodwill, z.B. bei Arztpraxen und Steuerkanzleien. Quasi als Standardverfahren stellt das Gesetz ein sog. vereinfachtes Ertragswertverfahren zur Verfügung (hierzu nachfolgend cc)).

– **Mindestwertansatz**

  Mindestens ist der Substanzwert des Betriebsvermögens anzusetzen, also die Summe der gemeinen Werte seiner Wirtschaftsgüter und sonstigen aktiven Ansätze abzüglich der zum Betriebsvermögen gehörenden Schulden und sonstigen Abzüge (§ 11 Abs. 2 Satz 3 BewG). Der Ansatz des Substanzwerts ist jedoch ausgeschlossen, wenn der gemeine Wert aus Vergleichspreisen abgeleitet wurde[2].

cc) Vereinfachtes Ertragswertverfahren

(1) Anwendungsbereich

35 Der **Verwaltungsvereinfachung** dienen soll das vereinfachtes Ertragswertverfahren (§§ 199 bis 203 BewG). Es steht sowohl für Anteile an Kapitalgesellschaften als auch für Betriebsvermögen und Anteile am Betriebsvermögen zur Verfügung. Dabei kann es immer dann angewandt werden, wenn es „nicht zu offensichtlich unzutreffenden Ergebnissen führt". Wann das Ergebnis des vereinfachten Ertragswertverfahrens offensichtlich unzutreffend ist, wird im Gesetz nicht definiert und wird noch durch die Rechtsprechung zu klären sein. Erkenntnisquellen des Finanzamts sind zeitnahe Verkäufe vor oder auch nach dem Stichtag ebenso wie Wertangaben in Erbauseinandersetzungsvereinbarungen[3].

1 *Troll/Gebel/Jülicher*, § 12 ErbStG, Rz. 292.
2 Abschnitt 4 (1) BE BV.
3 Abschnitt 19 (4) BE BV.

(2) Schema des vereinfachten Ertragswertverfahrens

Der gemeine Wert von Unternehmen bzw. Unternehmensanteilen wird im vereinfachten Ertragswertverfahren nach folgendem **Schema** ermittelt: 36

	Ausgangsertrag
=	Steuerbilanzgewinn bzw. Überschuss der Betriebseinnahmen über die Betriebsausgaben (§ 4 Abs. 3 EStG)
+ / ./.	Hinzurechnungen und Kürzungen gem. § 202 Abs. 1 BewG
=	Betriebsergebnis vor Ertragsteuern
./.	30 % pauschalierter Ertragsteueraufwand
=	Betriebsergebnis
×	Kapitalisierungsfaktor
=	Ertragswert
+	gemeiner Wert der nicht betriebsnotwendigen Aktiva und Passiva, gemeiner Wert von Anteilen an Beteiligungsgesellschaften, gemeiner Wert der innerhalb von zwei Jahren vor dem Bewertungsstichtag eingelegten Wirtschaftsgüter (§ 200 Abs. 2 bis 4 BewG)
=	gemeiner Wert des Unternehmens

(3) Die einzelnen Berechnungsschritte des vereinfachten Ertragswertverfahrens

(a) Steuerbilanzgewinn

Ausgangswert ist der **Steuerbilanzgewinn** (§ 4 Abs. 1 Satz 1 EStG), ersatzweise bei nicht bilanzierenden Gewerbetreibenden oder freiberuflich Tätigen der Überschuss der Betriebseinnahmen über die Betriebsausgaben (§ 4 Abs. 3 EStG). Referenzzeitraum sind in der Regel die letzten drei Wirtschaftsjahre vor dem Bewertungsstichtag, aus denen der Durchschnitt gebildet wird. An die Stelle des Drittletzten dieser Wirtschaftsjahre tritt das gesamte am Bewertungsstichtag noch nicht abgelaufene Wirtschaftsjahr, „wenn es für die Herleitung des künftig zu erzielenden Jahresertrags von Bedeutung ist" (§ 201 Abs. 2 Satz 2 BewG). Dies dürfte der Regelfall sein, denn wann sollte das aktuellste Wirtschaftsjahr schon keine Bedeutung für die künftige Ertragsprognose haben? 37

Handelt es sich um ein neu gegründetes Unternehmen oder hat es im 3-Jahres-Zeitraum nachhaltige Veränderungen erfahren, so verkürzt sich der Referenzzeitraum entsprechend (§ 201 Abs. 3 BewG).

(b) Korrektur des Jahresertrages

Das Gesetz sieht vor, dass Positionen herausgerechnet werden, die die Ertragsprognose **verfälschen** können, insbesondere weil es sich um einmalige Ereignisse handelt, die nicht periodisch wiederkehren. Hierfür sieht das Gesetz im § 202 BewG einen Katalog von Hinzurechnungen und Kürzungen vor. 38

Im Einzelnen handelt es sich um folgende Positionen:

Hinzurechnungen	**Abzüge**
a) Investitionsabzugsbeträge Sonderabschreibungen/erhöhte Abschreibungen Bewertungsabschläge Zuführungen zu steuerfreien Rücklagen Teilwertabschreibungen	a) gewinnerhöhende Auflösungsfreibeträge steuerfreier Rücklagen Gewinne aus § 6 Abs. 1 Nr. 1 Satz 4 und Nr. 2 Satz 3 EStG (Teilwertzuschreibungen)
b) Absetzungen auf den Geschäfts- oder Firmenwert oder auf firmenwertähnliche Wirtschaftsgüter	b) einmalige Veräußerungsgewinne außerordentliche Erträge
c) einmalige Veräußerungsverluste außerordentliche Aufwendungen	c) Investitionszulagen, die im Gewinn enthalten sind, soweit in Zukunft nicht mit weiteren zulagebegünstigten Investitionen in gleichem Umfang gerechnet werden kann
d) Investitionszulagen, die nicht im Gewinn enthalten sind, soweit in Zukunft mit weiteren zulagebegünstigten Investitionen in gleichem Umfang gerechnet werden kann	d) angemessener Unternehmerlohn, soweit in der bisherigen Ergebnisrechnung nicht berücksichtigt, fiktiver Lohnaufwand für unentgeltlich tätige Familienangehörige des Eigentümers
e) Ertragsteueraufwand: Körperschaftsteuer Zuschlagsteuer Gewerbesteuer	e) Erträge aus der Erstattung von Ertragsteuern
f) Aufwendungen und Verluste in Zusammenhang mit Wirtschaftsgütern, die nach § 200 Abs. 2 bis 4 BewG selbständig anzusetzen sind	f) Erträge in Zusammenhang mit Vermögen im Sinne des § 200 Abs. 2 bis 4 BewG

Der Katalog ist nicht abschließend, sondern wird in § 202 Abs. 1 Nr. 3 BewG um eine Generalklausel ergänzt, nach der auch sonstige „wirtschaftlich nicht begründete Vermögensminderungen oder -erhöhungen mit Einfluss auf den zukünftig nachhaltig zu erzielenden Jahresertrag und mit gesellschaftsrechtlichem Bezug" hinzuzurechnen oder abzuziehen sind. Es geht also bei dieser sprachlich missglückten Formulierung darum, atypisch und aperiodisch auftretende Positionen aus der Ergebnisrechnung zu eliminieren.

Besondere praktische Bedeutung wird bei kleineren und mittleren Unternehmen die Abzugsposition des angemessenen Unternehmerlohnes gewinnen. Maßstab ist der Fremdvergleich (§ 202 Abs. 2d Satz 2 BewG) für den man auf Vergleichsgehälter aus der Branche bzw. Gehaltsvergleichsstudien zurückgreifen wird.

(c) Ertragsteueraufwand

Als weiteres wird von dem so ermittelten Betriebsergebnis ein **pauschaler** Ertragsteueraufwand von 30 % abgezogen (§ 202 Abs. 3 BewG). Auch dies gilt rechtsformunabhängig, also sowohl für Kapitalgesellschaften wie auch bspw. für Einzelunternehmen. Aus Vereinfachungsgründen wird die unterschiedliche Ertragsbesteuerung ignoriert. Der Hinweis auf einen tatsächlich höheren Ertragsteueraufwand ist daher im vereinfachten Verfahren abgeschnitten, hier bleibt nur die Möglichkeit einer individuellen Sachverständigenbewertung. 39

(d) Kapitalisierungsfaktor

Das Betriebsergebnis wird mit einem Kapitalisierungsfaktor multipliziert, welcher der Kehrwert des Kapitalisierungszinssatzes ist. Dieser **Zinssatz** wiederum ermittelt sich aus einem Basiszins und einem pauschalierten Risikozuschlag von 4,5 %, wobei wiederum nicht zwischen Branchen unterschieden wird. Den Basiszins bildet die langfristig erzielbare Rendite öffentlicher Anleihen. Für 2009 beträgt er 3,61 %[1]. 40

Beispiel für die vereinfachte Ertragsbewertung: 41

Unterstellte bereinigte steuerliche Gewinne		**Regelfall**	**Sonderfall**
Wj 01		100000	
Wj 02		120000	120000
Wj 03		140000	140000
Wj 04 (Jahr des Erwerbs)			300000
		360000	560000
⅓		120000	186666
./. 30 % Steuerabschlag		36000	56000
		84000	130666
Multiplikator:			
Basiszins	3,61		
Risikozuschlag	4,50		
	8,11		
100: 8,11 =	12,33		
Ertragswert:		1035720	1611112

➲ **Beratungshinweis:** Der Kapitalisierungszinssatz wird wesentlich von geldmarkt- und konjunkturpolitischen Motiven beeinflusst, der Zusammenhang mit der Bewertung einzelner Unternehmen ist oft nur lose. Dabei haben schon geringe Zinsschwankungen starken Einfluss auf das Bewertungsergebnis, wie der nachfolgende Vergleich der Jahre 2007 bis 2009 zeigt. Hier bleibt gegebenenfalls als Abhilfe nur die Bestellung eines Sachverständigengutachtens. 42

1 BMF-Schreiben v. 7.1.2009, IV C 2 – S 3102/07/0001, BStBl. 2009 I, 14; die Zinssätze für 2007 (4,02 %) und 2008 (4,58 %) finden sich im BMF-Schreiben vom 17.3.2009, IV C 2 – S 3102/07/0001, BStBl. 2009 I, 473.

Beispiel:

Durchschnittlicher Jahresertrag des Unternehmens 1 Mio. Euro

Basiszinssatz 2007: 4,02 %, Kapitalisierungsfaktor 11,74, Unternehmenswert in 2007 11,74 Mio. Euro

Basiszinssatz 2008: 4,58 %, Kapitalisierungsfaktor 11,01, Unternehmenswert in 2008 11,01 Mio. Euro

Basiszinssatz 2009: 3,61 %, Kapitalisierungsfaktor 12,33, Unternehmenswert in 2009 12,33 Mio. Euro

(e) Hinzurechnungen zum Ertragswert

43 Dem Ertragswert werden hinzugerechnet:

- Nicht betriebsnotwendiges Vermögen unter Abzug der damit zusammenhängenden Schulden, z.B. ein Mietwohngrundstück bei einem Produktionsunternehmen (§ 200 Abs. 2 BewG). Diese Wirtschaftsgüter werden gesondert mit ihrem jeweiligen gemeinen Wert angesetzt.
- Beteiligungen an anderen Gesellschaften (§ 200 Abs. 3 BewG). Die Beteiligung wird selbständig, in der Regel ebenfalls nach dem vereinfachten Ertragswertverfahren, bewertet.
- Zur Missbrauchsvermeidung: Wirtschaftsgüter und damit zusammenhängende Schulden, die innerhalb von zwei Jahren vor dem Bewertungsstichtag in das Unternehmen eingelegt wurden (sog. junges Betriebsvermögen)[1]. Auch für diese ist der gemeine Wert gesondert zu ermitteln.

Konsequenterweise werden Aufwendungen oder Erträge aus den genannten Wirtschaftsgütern bei der Ermittlung des Betriebsergebnisses eliminiert (§ 202 Abs. 1 Nr. 1f und Nr. 2f BewG).

Beispiel:

Ein Unternehmen erreicht unter Berücksichtigung der Hinzurechnungen und Abzugspositionen nach § 202 BewG ein Betriebsergebnis von 500000 Euro jährlich, ferner hat es Mieteinnahmen aus der Vermietung von nicht betriebsnotwendigen Grundstücken von 200000 Euro jährlich. Der gemeine Wert der fremd vermieteten Grundstücke beläuft sich auf 3 Mio. Euro. Bei einem Kapitalisierungsfaktor von bspw. 11,11 (Kapitalisierungszinssatz 9 %) beläuft sich der gemeine Wert des Betriebsvermögens nach dem vereinfachten Ertragswertverfahren auf 5555000 Euro, hinzu kommt der gemeine Wert der nicht betriebsnotwendigen Grundstücke mit 3 Mio. Euro, insgesamt beläuft sich der gemeine Wert des Unternehmens also auf 8555000 Euro.

1 Beispiele in H 20 (5) BE BV.

dd) Zurechnung von Gesellschaftsanteilen

(1) Anteile an Kapitalgesellschaften

Der gemeine Wert eines Anteils an einer Kapitalgesellschaft bestimmt sich nach seinem Verhältnis zum **Nennkapital** der Gesellschaft (§ 97 Abs. 1b BewG). 44

Dies gilt auch, wenn das Nennkapital noch nicht vollständig eingezahlt sein sollte, es sei denn, die Gesellschafter hätten vereinbart, dass sich ihre Beteiligung am Vermögen der Gesellschaft und an deren Gewinn nach der Höhe des eingezahlten Nennkapitals richtet.

(2) Anteile an Personengesellschaften

Die einzelnen Berechnungsschritte ergeben sich aus § 97 Abs. 1a BewG: 45

Schritt 1: Ermittlung des Ertragswerts für das Gesamthandsvermögen (§ 109 Abs. 2 BewG).

Schritt 2: Vorwegzurechnung der Kapitalkonten aus der Gesamthandsbilanz auf die jeweiligen Gesellschafter, ohne Korrektur um das Ergebnis der Kapitalkonten aus den Ergänzungsbilanzen.

Schritt 3: Aufteilung des verbleibenden Werts nach dem für die Gesellschaft geltenden Gewinnverteilungsschlüssel auf die Gesellschafter, Vorabgewinnanteile werden nicht berücksichtigt.

Schritt 4: Feststellung der Wirtschaftsgüter und Schulden des Sonderbetriebsvermögens mit dem gemeinen Wert und Zurechnung auf den jeweiligen Gesellschafter.

Beispiel zur Aufteilung[1]:

Wert des Betriebsvermögens im Besteuerungszeitpunkt 10 Mio. Euro.

Die Gesellschaft hat die Gesellschafter A, B und C, die Kapitalkonten laut Gesamthandsbilanz belaufen sich auf 6 Mio. Euro, hiervon A 3 Mio. Euro, B 2 Mio. Euro und C 1 Mio. Euro.

A hat der Gesellschaft entgeltlich ein Grundstück im gemeinen Wert von 2 Mio. Euro überlassen (Sonderbetriebsvermögen).

A, B und C sind mit je einem Drittel am Gewinn und Verlust der Gesellschaft beteiligt.

Der Wert des Anteils des Gesellschafters A ermittelt sich wie folgt:

Kapitalkonto des A	3 000 000 Euro
Anteil des A an dem Unterschiedsbetrag zwischen dem Wert des Betriebsvermögens der Gesamthand und den Kapitalkonten (4 Mio. Euro)	1 333 333 Euro
zuzüglich Sonderbetriebsvermögen	2 000 000 Euro
Wert des Anteils des A	6 333 333 Euro

1 Weiteres Beispiel in H 12 BE BV.

Abwandlung des Beispiels:

46 Vor dem Besteuerungszeitpunkt wurden 1 Mio. Euro vom Kapitalkonto des A auf ein Darlehenskonto umgebucht, es wurde also Eigen- in Fremdkapital umgewandelt.

Die Zurechnung verändert sich, da der Unterschiedsbetrag zwischen dem Wert des Betriebsvermögens der Gesamthand (unverändert 10 Mio. Euro) und der Summe der Kapitalkonten (um eine 1 Mio. Euro auf 5 Mio. Euro reduziert) auf 5 Mio. Euro angewachsen ist.

Dem A wird somit zugerechnet:

verbliebenes Kapitalkonto von	2 000 000 Euro
Drittel-Anteil am Unterschiedsbetrag	1 666 666 Euro
Sonderbetriebsvermögen Grundstück	2 000 000 Euro
Sonderbetriebsvermögen Darlehen	1 000 000 Euro
Summe	6 666 666 Euro

Durch die Umwandlung von Eigen- und Fremdkapital ist somit die Beteiligung des A erbschaftsteuerlich höher zu bewerten.

d) Bewertung des land- und forstwirtschaftlichen Vermögens

aa) Bewertungssystem

47 Die Erbschaftsteuerreform 2009 hat für die Bewertung der land- und forstwirtschaftlichen Betriebe ein **typisiertes** Ertragswertverfahren eingeführt[1]. Dabei wird jedoch nicht auf den einzelnen Betrieb, sondern auf die objektive Ertragsfähigkeit eines Betriebs abgestellt. Hierzu greift der Gesetzgeber auf agrarstatistische Daten zurück, die aus dem Testbetriebsnetz des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz stammen und als Anlagen 14 bis 18 Bestandteil des Bewertungsgesetzes wurden. Für die landwirtschaftliche Nutzung wird dabei nach Bundesländern bzw. Regierungsbezirken unterschieden.

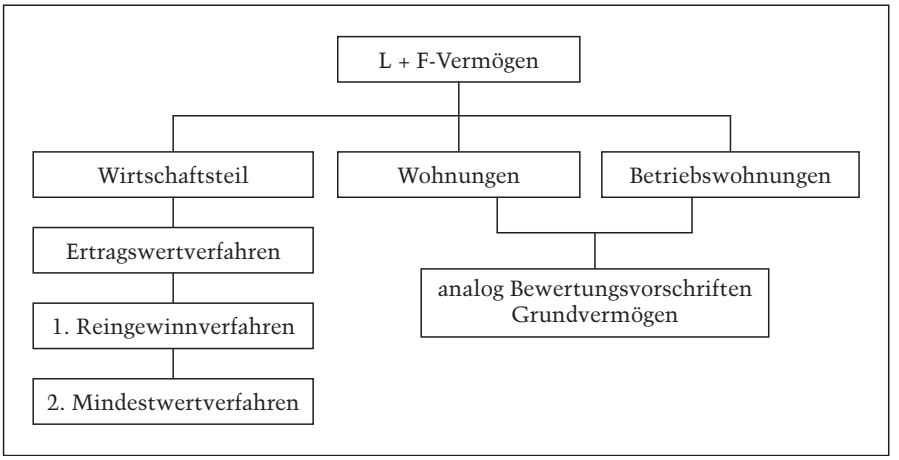
48 Anders als bei allen anderen Vermögensarten gibt es ausschließlich für land- und forstwirtschaftliches Vermögen eine **besondere Behaltensfrist**, die mit einem Nachbewertungsvorbehalt versehen ist. Die Frist beträgt 15 Jahre, bei einer Veräußerung des Betriebs, eines Mitunternehmeranteils oder einer dauerhaften Zuführung zu einer außerlandwirtschaftlichen Nutzung wird rückwirkend der Verkehrswert herangezogen, der als Liquidationswert bezeichnet wird. Der Wert eines Betriebs der Land- und Forstwirtschaft besteht aus

- dem Wert des Wirtschaftsteils,
- dem Wert der Betriebswohnungen,
- dem Wert des Wohnteils.

1 *Halaczinsky*, ErbStB 2009, 130.

Diese einzelnen Werte werden gesondert ermittelt, wobei der Steuerpflichtige, wie stets, für jeden einzelnen Wert den Nachweis eines niedrigeren gemeinen Werts führen kann (§ 165 Abs. 3 bzw. § 167 Abs. 4 BewG).

Schematisch sieht das System der Bewertung für land- und fortwirtschaftliche Betriebe wie folgt aus: 49



bb) Umfang des land- und forstwirtschaftlichen Vermögens

Das Gesetz definiert in § 158 BewG einerseits in Abs. 3 positiv die dem Betrieb zuzurechnenden Wirtschaftsgüter, andererseits in Abs. 4 negativ Wirtschaftsgüter, die nicht zum Betrieb zählen. Hiernach besteht die wirtschaftliche **Einheit** des Betriebs einer Land- und Forstwirtschaft insbesondere aus 50

- dem Grund und Boden,
- den Wirtschaftsgebäuden,
- den stehenden Betriebsmitteln,
- dem normalen Bestand an umlaufenden Betriebsmitteln,
- den immateriellen Wirtschaftsgütern,
- dem Wohngebäude und dem zugehörenden Grund und Boden.

Nicht dem land- und forstwirtschaftlichen Vermögen hinzuzurechnen sind hingegen

- Grund und Boden sowie Gebäude und Gebäudeteile, die nicht land- und forstwirtschaftlichen Zwecken dienen,
- Kleingartenland und Dauerkleingartenland,
- Geschäftsguthaben, Wertpapiere und Beteiligungen,
- über den normalen Bestand hinausgehende Bestände an umlaufenden Betriebsmitteln,

– bei Intensivtierhaltung: die Tierbestände und die hiermit zusammenhängenden Wirtschaftsgüter,
– Geldforderungen und Zahlungsmittel,
– Pensionsverpflichtungen.

Verbindlichkeiten, die mit diesem Negativkatalog wirtschaftlich zusammenhängen, gehören ebenfalls nicht zum land- und forstwirtschaftlichen Vermögen (§ 158 Abs. 5 BewG).

Über die Abgrenzung vom Betriebsvermögen entscheiden die Kriterien in R 15.5. EStR[1].

cc) Bewertung des Wirtschaftsteils

51 Hier gilt ein vereinfachtes und pauschaliertes Ertragswertverfahren. Mindestens anzusetzen ist aber der Wert, der sich aus dem **Pachtwert** des Betriebs ableitet (§ 164 BewG). Eine Nachbewertung zum Liquidationswert findet statt, wenn der Betrieb innerhalb von 15 Jahren nach dem Bewertungsstichtag veräußert wird oder wenn dem Betrieb wesentliche Wirtschaftsgüter entzogen werden (§ 166 BewG).

(1) Reinertragsverfahren

52 Auszugehen ist nicht vom Ergebnis des individuellen Betriebs, sondern es wird ein **fiktiver** Reingewinn zugrunde gelegt, der sich nach Region, maßgeblicher Nutzungsart und Betriebsgröße bemisst (§ 163 BewG).

Für die Ermittlung des Reingewinns gilt dieses **Schema**:

Gewinn/Verlust laut Testbetriebsbuchführung des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz
abzüglich Investitionszulagen
abzüglich zeitraumfremde Erträge
zuzüglich zeitraumfremde Aufwendungen
abzüglich außerordentlicher Erträge
zuzüglich außerordentlicher Aufwendungen
abzüglich Lohnansatz für nicht entlohnte Arbeitskräfte und den Betriebsinhaber.

Der hiernach ermittelte Reingewinn wird mit einem Zinssatz von 5,5 % kapitalisiert, um den Wert des Wirtschaftsteils zu ermitteln (§ 163 Abs. 11 BewG).

(2) Mindestwert

53 Vor allem in Folge des abzuziehenden Lohnansatzes für den Betriebsinhaber und nicht entlohnte Arbeitskräfte (Familienangehörige) werden kleine und mittlere Betriebe häufig nur einen geringen oder gar negativen Reinertrag erwirtschaften. Für diese Fälle sieht das Gesetz in § 164 BewG vor, dass ein

1 Abschnitt 2 BE LuF.

Mindestwert anzusetzen ist, der sich ausschließlich an der Ertragsfähigkeit der Wirtschaftsgüter bemisst. Die Feststellung dieses Mindestwerts vollzieht sich in **drei Schritten**.

Im ersten Schritt wird Grund und Boden bewertet. Dazu wird die Fläche des Betriebs mit einem Pachtpreis pro ha multipliziert. Dieser Pachtpreis ergibt sich je nach Region, Nutzungsart und Betriebsgröße (Anlage 14 zum BewG). Dieser spezifische Pachtpreis pro ha wird mit einem Kapitalisierungszinssatz von 5,5 % angesetzt (§ 164 Abs. 3 BewG).

In einem zweiten Schritt wird das sog. Besatzkapital ermittelt. Dies sind alle übrigen Wirtschaftsgüter im Sinne von § 158 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 bis 5 BewG. Auch für dieses Besatzkapital enthält Anlage 14 zum BewG pauschale Werte.

Der Wertansatz für die bewirtschaftete Fläche und der Wertansatz für das Besatzkapital werden zusammengerechnet und mit 18,6 multipliziert, also mit einem Kapitalisierungszinssatz von 5,5 % (§ 164 Abs. 3 BewG).

In einem dritten Schritt werden sodann die Verbindlichkeiten des Betriebs nach § 164 Abs. 4 in Abzug gebracht. Der sich so ergebende Mindestwert darf nicht weniger als 0 Euro betragen.

Für die Ermittlung des Mindestwerts ergibt sich somit folgendes **Berechnungsschema**:

1. Ermittlung Ertragswert der Wirtschaftsgüter
   a) Bewertung der Fläche

      Eigentumsfläche in ha LN × regionaler Pachtpreis je ha/LN

   b) Bewertung Besatzkapital (Gebäude, Inventar)

      selbstbewirtschaftete Fläche in ha LNx Wertansatz Besatzkapital je ha/LN
2. Kapitalisierung des Ertragswerts mit Faktor 18,6
3. Abzug von betrieblichen Verbindlichkeiten
4. Mindestwert, nicht weniger als 0 Euro

(3) Liquidationswert

Bei land- und forstwirtschaftlichen Betrieben gilt eine **Beobachtungsfrist** von 15 Jahren ab dem Bewertungsstichtag. Kommt es in diesem Zeitraum zur Veräußerung des Betriebs oder wesentlicher Wirtschaftsgüter, so findet eine Nachbewertung mit dem sog. Liquidationswert statt. Grund und Boden wird mit dem Bodenrichtwert zum Bewertungsstichtag angesetzt, bei den übrigen Wirtschaftsgütern kommt der gemeine Wert zum tragen. Liquidationskosten werden pauschal mit 10 % Wertabschlag berücksichtigt (§ 166 BewG). 54

§ 162 BewG enthält eine Reinvestitionsklausel: Die Nachbewertung unterbleibt, wenn der Veräußerungserlös innerhalb von sechs Monaten ausschließlich zum Erwerb eines anderen Betriebs der Land- und Forstwirtschaft oder eines Anteils hieran verwandt wird. Gleiches gilt bei der Veräußerung von

Wirtschaftsgütern, wenn deren Veräußerungserlös ebenfalls innerhalb von sechs Monaten ausschließlich im betrieblichen Interesse verwandt wird.

Kommt es zur Nachbewertung, so ist dies ein rückwirkendes Ereignis, welches zur Neufestsetzung der Erbschaftsteuer führt (§ 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AO).

dd) Bewertung der Betriebswohnungen und des Wohnteils

55 § 167 Abs. 1 BewG verweist auf die Vorschriften für die Bewertung von Wohngrundstücken im Grundvermögen (§§ 182 bis 196 BewG). Dabei sind jedoch die Besonderheiten zu beachten, die das Gesetz in § 167 Abs. 2 und 3 BewG regelt.

Betriebswohnungen sind die Gebäude oder Gebäudeteile des Betriebs, einschließlich des dazugehörigen Grund und Bodens, die den Arbeitnehmern des Betriebs und deren Familienangehörigen zu Wohnzwecken zur Verfügung gestellt werden (§ 160 Abs. 8 BewG). Es handelt sich also um Wohnungen für Landarbeiter, Gärtner, Kellermeister, Förster oder Gutsbeamte. Voraussichtlich wird die Finanzverwaltung auch künftig eine bestimmte Mindestarbeitszeit fordern, damit von einer Betriebswohnung ausgegangen werden kann (R 131 Abs. 1 Satz 3 ErbStR).

Der **Wohnteil** ist in § 160 Abs. 9 BewG definiert: Es handelt sich um Gebäude oder Gebäudeteile, die dem Inhaber des Betriebs und seinen Familienangehörigen zu Wohnzwecken dienen. Voraussetzung ist, dass der Betriebsinhaber oder zumindest ein zu seinem Haushalt gehörendes Familienmitglied dauerhaft im Betrieb tätig ist. Bei einem verpachteten Betrieb gehört der Wohnteil daher nicht mehr zum Betrieb der Land- und Forstwirtschaft.

56 Die Wohnbereiche eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs, insbesondere der Garten, sind häufig von den restlichen Flächen nicht klar abgegrenzt. Hierzu pauschaliert das Gesetz in § 167 Abs. 2 BewG, dass den Betriebswohnungen und dem Wohnteil höchstens das Fünffache der jeweils bebauten Fläche zugerechnet wird.

Land- und forstwirtschaftliche Wohngebäude sind wegen der engen räumlichen Verbindung von Wohnraum und Betrieb in der Regel nur eingeschränkt verkehrsfähig. Daher sieht § 167 Abs. 3 BewG einen Pauschalabschlag von 15 % vor. Zudem hat der Steuerpflichtige die Möglichkeit, sowohl für den Wohnteil als auch für Betriebswohnungen einen niedrigeren gemeinen Wert nachzuweisen (§ 167 Abs. 4 BewG). Der Nachweis kann gesondert sowohl für den Wohnteil als auch für die Betriebswohnungen geführt werden.

ee) Stückländereien

57 Stückländereien sind nach der gesetzlichen Definition in § 160 Abs. 7 BewG[1]:

– einzelne land- und forstwirtschaftlich genutzte Flächen,

1 Abschnitt 5 (6) BE LuF.

– bei denen die Wirtschaftsgebäude oder die Betriebsmittel oder beides nicht dem Eigentümer des Grund und Bodens gehören,
– sondern am Bewertungsstichtag für mindestens 15 Jahre einem anderen Betrieb der Land- und Forstwirtschaft zu dienen bestimmt sind, also langfristig verpachtet sind.

Stückländereien bilden eine gesonderte wirtschaftliche Einheit, sie bestehen nur aus dem Wirtschaftsteil und werden nur mit dem Pachtwert als Mindestwert erfasst (§ 162 Abs. 2 i.V.m. § 164 BewG).

Beträgt die Restpachtdauer weniger als 15 Jahre, so liegt ein Betrieb der Land- und Forstwirtschaft vor. Die Unterscheidung ist von Bedeutung, weil Stückländereien erbschaftsteuerlich nicht nach § 13b Abs. 1 Nr. 1 EStG begünstigt sind.

e) Bewertung sonstiger Vermögensgegenstände

aa) Bewertungsgrundsatz

58 Bereits bisher enthielt das Erbschaftsteuerrecht den Grundsatz der Bewertung zum gemeinen Wert, also zum **Verkehrswert** (§ 12 Abs. 1 ErbStG i.V.m. § 9 BewG). Diese Grundregel war jedoch von wichtigen Ausnahmen durchbrochen, insbesondere für Grundbesitz und Betriebsvermögen. Nach den Vorgaben des BVerfG musste die Erbschaftsteuerreform 2009 dies ändern und flächendeckend auf die Bewertung zum Verkehrswert umstellen. Sofern das Bewertungsgesetz daher nunmehr noch besondere Wertansätze enthält, handelt es sich hierbei lediglich um Regelungen, die die Feststellung des gemeinen Werts erleichtern sollen. Das Ziel, die Bewertung zum Verkehrswert, bleibt stets dasselbe.

59 Die Grundregel des § 9 BewG findet unmittelbar Anwendung auf die meisten Vermögensgegenstände des Alltags, insbesondere Schmuck, Hausrat, Kunstgegenstände, Sammlungen, Münzen, Urheberrechte und Patente sowie alle sonstigen beweglichen körperlichen Gegenstände, wie bspw. Kraftfahrzeuge. Allerdings erübrigt sich eine Bewertung dieser Gegenstände häufig im Hinblick auf angeordnete Steuerbefreiungen (vgl. § 13 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ErbStG).

Besondere Wertvorschriften bestehen für Wertpapiere und Anteile an Kapitalgesellschaften (§ 11 BewG), für Kapitalforderungen und Schulden (§ 12 BewG) und für wiederkehrende Nutzungen und Leistungen (§§ 13 bis 16 BewG).

bb) Bewertung von Wertpapieren und Schuldbuchforderungen

60 Hier geht es insbesondere um Aktien und Schuldverschreibungen. Sind diese am Bewertungsstichtag an einer deutschen **Börse** zum Handel zugelassen, so werden sie nach § 11 Abs. 1 BewG mit dem niedrigsten am Stichtag für sie notierten Börsenkurs angesetzt. Gibt es zum Stichtag keinen Börsenkurs, so ist der letzte innerhalb von 30 Tagen vor dem Stichtag notierte Kurs maßgeblich. Diese Regelung galt schon bisher und wurde durch die Erbschaftsteuerreform 2009 nicht geändert.

cc) Anteile an Kapitalgesellschaften

61 Hier gilt in erster Linie der Börsenkurs, falls die Anteile nicht notiert sind, wird der Wert aus Verkäufen unter fremden Dritten abgeleitet, wiederum hilfsweise nach dem Ertragswert ermittelt. Es gelten die Ausführungen zum Betriebsvermögen. Das Stuttgarter Verfahren, welches bisher für nicht notierte Anteile an Kapitalgesellschaften Anwendung fand, wurde durch die Erbschaftsteuerreform 2009 obsolet.

dd) Kapitalforderungen und Schulden

62 Als Regelbewertung sieht § 12 Abs. 1 BewG den Ansatz mit dem **Nennwert** vor. Besondere Umstände können jedoch einen höheren oder geringeren Wert begründen, insbesondere bei besonders hoher oder niedriger Verzinsung. Uneinbringliche Forderungen bleiben außer Ansatz (§ 12 Abs. 2 BewG). Unverzinsliche Forderungen oder Schulden, deren Laufzeit mehr als ein Jahr beträgt und die zu einem bestimmten Zeitpunkt fällig sind, werden mit 5,5 % abgezinst (§ 12 Abs. 3 BewG).

ee) Lebens-, Kapital- und Rentenversicherungen

63 Hier brachte die Erbschaftsteuerreform 2009 eine in der Praxis wichtige Änderung. Noch nicht fällige Ansprüche aus solchen Versicherungen wurden in der Vergangenheit mit zwei Dritteln der eingezahlten Prämien bewertet, alternativ nach Wahl des Steuerpflichtigen mit dem Rückkaufswert, heute sind derartige Ansprüche ausschließlich mit dem Rückkaufswert zu bewerten (§ 12 Abs. 4 BewG).

ff) Wiederkehrende Nutzungen und Leistungen

64 Hier hat der Gesetzgeber das bisherige System (§§ 13 bis 16 BewG) im Wesentlichen beibehalten. Insbesondere ist der für die Berechnung zugrunde zu legende Jahreswert der Nutzung eines Wirtschaftsgutes nach wie vor auf 18,6tel des Werts des genutzten Wirtschaftsgutes begrenzt, was einer Rendite von 5,5 % entspricht. Hierdurch soll vermieden werden, dass der Wert des Nutzungsrechts, z.B. eines Nießbrauchs, in ein unangemessenes Verhältnis zum Wert des Eigentums gerät. Eine praktisch wichtige Änderung enthält jedoch § 14 Abs. 1 BewG i.d.F. der Erbschaftsteuerreform 2009. Bisher wurde der Kapitalwert lebenslanger Nutzungen und Leistungen, insbesondere eines Nießbrauchs, mit einem **Vervielfältiger** errechnet, den Anlage 9 zum BewG bereithielt. Diese Anlage beruhte auf veralteten Sterbetafeln, weshalb der Vervielfältiger relativ gering war. Um der stetig steigenden Lebenserwartung gerecht zu werden, sieht § 14 Abs. 1 BewG nunmehr vor, dass die Ermittlung des Kapitalwerts dynamisiert ist: Die Vervielfältiger werden stets nach der neuesten Sterbetafel des statistischen Bundesamtes ermittelt[1].

1 Vervielfältiger nach Sterbetafel 2005/2007 im BMF-Schreiben v. 20.1.2009, IV C 2-S3104/09/10001.

3. Das neue Erbschaftsteuerrecht

a) Grundzüge der Erbschaftsteuerreform 2009

Das neue Recht bleibt bei dem Grundprinzip: hohe Freibeträge für die sog. Kernfamilie und ein nach Höhe des Erwerbs gestaffelter Tarif. 65

Die wichtigsten **Neuerungen** sind:

Die **Freibeträge** für die sog. Kernfamilie, also den Ehegatten und die Abkömmlinge, werden stark erhöht. Damit soll vor allem die verschärfte Bewertung von Immobilien ausgeglichen werden. Sonstige Erwerber erfahren zwar ebenfalls eine Erhöhung ihres Freibetrags von 5200 Euro bzw. 10300 Euro auf 20000 Euro, dafür werden die Steuersätze in Steuerklasse II und III aber teilweise deutlich erhöht. Eine Sonderposition nimmt der gleichgeschlechtliche, eingetragene Lebenspartner ein, der zwar den Freibetrag eines Ehegatten erhält, ansonsten aber in Steuerklasse III verbleibt.

Die **Tarifgrenzen** werden erhöht und geglättet, bspw. von 256000 Euro auf 300000 Euro. Ansonsten bleibt der Tarif in Steuerklasse I gleich. In den Steuerklassen II und III gibt es nur noch zwei Steuersätze: Von 30 % bis zu einem Erwerb von 6 Mio. Euro und darüber hinaus von 50 %. Unterschiede zwischen diesen Steuerklassen gibt es somit nicht mehr.

Für **Betriebsvermögen** kommen **Verschonungsabschläge** von 85 % oder sogar 100 % in Betracht. Da das BVerfG für eine derart starke Bevorzugung das Erfordernis der „Zielgenauigkeit" aufgestellt hat, versucht der Gesetzgeber, dieses Ziel durch komplizierte Bedingungen zu erreichen.

Um vor allem für Erwerber von Betriebsvermögen das Problem der Doppelbesteuerung der stillen Reserven mit Erbschaft- und Einkommensteuer zu mildern, hat der Gesetzgeber den früheren § 35 EStG als neuen § 35b EStG wieder eingeführt[1].

Für das **Familienheim** wurde auch beim Erwerb von Todes wegen eine sachliche Steuerbefreiung eingeführt, die nicht nur der überlebende Ehegatte, sondern auch ein Kind (oder das Kind eines verstorbenen Kindes) in Anspruch nehmen kann. Dies wurde mit dem Erfordernis einer Selbstnutzung über 10 Jahre hinweg verbunden.

b) Steuertarif und Freibeträge

aa) Tarif

§ 19 ErbStG behält die Struktur eines **Vollmengentarifs**[2]: Der jeweilige Steuersatz wird auf den gesamten steuerpflichtigen Erwerb angewandt, nicht nur auf den Betrag, um den die vorherige Tarifstufe überschritten wird. Dies macht bei geringfügiger Überschreitung der jeweiligen Tarifstufe einen Härteausgleich erforderlich, wie er unverändert in § 19 Abs. 3 ErbStG vorgesehen 66

1 Zum neuen § 35b EStG instruktiv *Seifried*, ZEV 2009, 285.
2 Zu Recht kritisch *Moench/Albrecht*, Erbschaftsteuer, 2. Aufl. 2009 Rz. 261.

ist. Ebenfalls unverändert blieb die Einstufung der Erwerber in die einzelnen Steuerklassen, wobei die Unterscheidung zwischen Steuerklasse II und III keine Rolle mehr spielt.

67 Im Einzelnen sehen die **Steuerklassen** wie folgt aus:

Steuerklasse I

- Ehegatte
- Kinder und Stiefkinder
- Abkömmlinge der Kinder und Stiefkinder (also Enkel, Urenkel etc.)
- Eltern und Voreltern (Großeltern, Urgroßeltern etc.), jedoch nur im Erbfall (ansonsten Steuerklasse II)

Steuerklasse II

- Geschwister
- Nichten und Neffen
- Eltern und Voreltern im Fall der Schenkung
- Stiefeltern
- Schwiegersöhne und Schwiegertöchter
- Schwiegereltern
- geschiedene Ehegatten

Steuerklasse III

- alle übrigen Erwerber (auch der nichteheliche Lebensgefährte und der eingetragene Lebenspartner bei einer gleichgeschlechtlichen Beziehung)

68 Je nach Höhe des steuerpflichtigen Erwerbs und Steuerklasse ergeben sich dann die folgenden **Steuersätze**:

Wert des steuerpflichtigen Erwerbs bis einschließlich Euro	Prozent in der Steuerklasse		
	I	II	III
75 000	7	30	30
300 000	11	30	30
600 000	15	30	30
6 000 000	19	30	30
13 000 000	23	50	50
26 000 000	27	50	50
über 26 000 000	30	50	50

Die Beträge, bis zu denen ein **Härteausgleich** stattfindet, ergeben sich aus dieser Tabelle: 69

Tabelle der maßgebenden Grenzwerte für die Anwendung des Härteausgleichs

Wertgrenze gem. § 19 Abs. 1 ErbStG	Härteausgleich gem. § 19 Abs. 3 ErbStG findet statt bis einschließlich . . . Euro in Steuerklasse		
Euro	I	II	III
75 000	–	–	–
300 000	82 600	–	–
600 000	334 200	–	–
6 000 000	677 400	–	–
13 000 000	6 888 800	10 799 900	10 799 900
26 000 000	15 260 800	–	–
über 26 000 000	29 899 900	–	–

Liegt der steuerpflichtige Erwerb unter diesen Wertgrenzen, so gilt folgendes Berechnungsschema:

1. Schritt: Ermittlung des Steuerbetrages nach Steuertabelle.

2. Schritt: Ermittlung der Steuer auf den Höchstbetrag der vorhergehenden Wertstufe.

3. Schritt: Ermittlung von 50 % (bzw. bei Steuersätzen über 30 % von 75 %) des die Wertgrenze übersteigenden steuerpflichtigen Erwerbs.

4. Schritt: Addition der Beträge aus Schritt 2. und 3.

Beispiel:

Der steuerpflichtige Erwerb beträgt 677 000 Euro.

1. Schritt: Steuersatz 19 % = 128 630 Euro.

2. Schritt: Steuersatz 15 % aus 600 000 Euro = 90 000 Euro.

3. Schritt: 50 % aus 677 000 Euro – 600 000 Euro = 77 000 Euro: 2 = 38 500 Euro.

4. Schritt: 90 000 Euro + 38 500 Euro = 128 500 Euro Steuer.

bb) Freibeträge

(1) Persönliche Freibeträge

Der Freibetrag für den Ehegatten wurde auf 500 000 Euro angehoben, für ein Kind auf 400 000 Euro und für ein Enkelkind auf 200 000 Euro, für die übrigen Personen der Steuerklasse I wurde er auf 100 000 Euro erhöht. Alle anderen Erwerber haben einheitlich einen Freibetrag von 20 000 Euro, mit Ausnahme 70

des eingetragenen Lebenspartners, der den Freibetrag des Ehegatten von 500 000 Euro erhält (§ 16 Abs. 2 Nr. 6 ErbStG).

Im Einzelnen betragen die Freibeträge:

500 000 Euro	für den Ehepartner und den eingetragenen Lebenspartner
400 000 Euro	für Kinder und Stiefkinder
400 000 Euro	für Enkelkinder, wenn der die Verwandtschaft vermittelnde Elternteil (also das Kind des Erblassers) bereits verstorben ist
200 000 Euro	für alle anderen Enkel und Stiefenkel
100 000 Euro	für Urenkel
100 000 Euro	für Eltern und Großeltern im Erbfall
20 000 Euro	für Eltern und Großeltern im Schenkungsfall, für Geschwister, Neffen und Nichten, Stiefeltern, Schwiegerkinder, Schwiegereltern und den geschiedenen Ehepartner
20 000 Euro	für alle übrigen Erwerber

71 ➲ **Beratungshinweis:** Wer die Freibeträge maximal ausreizen will, kann noch etwas weitergehen. So beläuft sich bspw. der Höchstbetrag der steuerfreien Zuwendungen an ein Enkelkind auf 200 799,99 Euro. Bei einer Schenkung in dieser Höhe wird der Betrag nach § 10 Abs. 1 Satz 5 ErbStG auf 200 700 Euro abgerundet. Nach Abzug des Freibetrags verbliebe ein steuerpflichtiger Erwerb von 700 Euro, der zu einer Steuer von 49 Euro führen würde (Steuersatz 7 %), die aber nicht erhoben wird, da nach § 22 ErbStG für Kleinbeträge bis zu 50 Euro keine Steuer festgesetzt wird.

72 Unverändert blieben die **Versorgungsfreibeträge** für Ehegatten und Kinder in § 17 ErbStG, insbesondere der Versorgungsfreibetrag des Ehegatten (oder neuerdings auch des Lebenspartners) von bis zu 256 000 Euro. Auch eine Glättung der seit der Euro-Umstellung krummen Beträge fand nicht statt.

(2) Sachliche Freibeträge

73 Bei den sachlichen Freibeträgen brachte die Erbschaftsteuerreform 2009 nur geringe Änderungen:

- Hausrat für Personen der Steuerklasse I (§ 13 Abs. 1 Nr. 1a ErbStG): 41 000 Euro (unverändert)
- andere bewegliche körperliche Gegenstände für Personen der Steuerklasse I (§ 13 Abs. 1 Nr. 1b ErbStG): 12 000 Euro (bisher 10 300 Euro)
- Hausrat und andere bewegliche körperliche Gegenstände für Personen der Steuerklassen II und III (§ 13 Abs. 1 Nr. 1c ErbStG): 12 000 Euro (bisher 10 300 Euro)
- Pflegepauschbetrag (§ 13 Abs. 1 Nr. 9 ErbStG): 20 000 Euro (bisher 5200 Euro).

c) Verschonungsregeln für Immobilien

aa) Abschlag für Mietwohnimmobilien

74 Der neue § 13c ErbStG sieht für Immobilien, die zu Wohnzwecken vermietet sind, einen **Abschlag** von 10 % auf den gemeinen Wert vor, sie fließen somit in die Ermittlung des steuerpflichtigen Erwerbs mit 90 % ein, etwaige Schulden und Lasten, die mit der Immobilie wirtschaftlich zusammenhängen, sind im Gegenzug ebenfalls nur zu 90 % abziehbar (§ 10 Abs. 6 Satz 5 ErbStG). Voraussetzung der Begünstigung ist, dass die Immobilie im Inland, einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraums liegt und dass sie nicht zum begünstigten Betriebsvermögen gehört.

Behaltensvorschriften gibt es keine, der Erwerber kann die Immobilie also auch kurz nach dem Erwerb veräußern.

Bei gemischt genutzten Grundstücken, also solchen, die teilweise zu Wohnzwecken vermietet sind, teilweise aber auch eigengenutzt sind oder gewerblichen Zwecken dienen, wird der Wertabschlag anteilig gewährt (§ 13c Abs. 3 ErbStG). Unklar ist noch der Aufteilungsmaßstab. In Betracht kommen

- eine getrennte Bewertung der Immobilienteile,
- eine einheitliche Bewertung mit Aufteilung nach der erzielten bzw. erzielbaren Netto-Kaltmiete,
- nach dem Anteil der jeweiligen Einheit an der gesamten Wohn- und Nutzfläche; dies ist die Ansicht der Finanzverwaltung[1].

Den Wertabschlag erhält nur derjenige, der durch Erbfall oder Schenkung die Immobilie letztendlich bekommt, also der Letzterwerber. Muss ein Erbe die Immobilie also wegen eines Vermächtnisses an einen Dritten herausgeben, so profitiert nicht er, sondern der Vermächtnisnehmer von dem Wertabschlag (§ 13c Abs. 2 ErbStG). Ebenso kann von mehreren Erben auch nur derjenige den Wertabschlag beanspruchen, der die Immobilie im Rahmen der Erbauseinandersetzung endgültig erhält.

Beispiel[2]:

75 Die Kinder A und B erben zu je ½. Der Nachlass besteht aus einer vermieteten Wohnimmobilie im Verkehrswert von 1 Mio. Euro sowie sonstigem Vermögen im Wert von 3 Mio. Euro. Entsprechend der Teilungsanordnung im Testament erhält A bei der Erbauseinandersetzung das Grundstück unter Anrechnung auf seine Erbquote, er erhält somit weiteres Vermögen von 1 Mio. Euro, B verbleiben die übrigen 2 Mio. Euro.

1 Abschnitt 36 (3) S. 7 AE.
2 S.a. H 36 AE.

Aufgrund dieser Erbauseinandersetzung ermittelt sich die Steuer wie folgt:

A		B	
Mietwohnimmobilie	1 000 000 Euro		
./. Steuerbefreiung 10 %	100 000 Euro		
sonstiger Erwerb	1 000 000 Euro	sonstiger Erwerb	2 000 000 Euro
Bereicherung	1 900 000 Euro	Bereicherung	2 000 000 Euro
./. Freibetrag	400 000 Euro	./. Freibetrag	400 000 Euro
steuerpflichtiger Erwerb	1 500 000 Euro	steuerpflichtiger Erwerb	1 600 000 Euro
Steuer 19 % =	**285 000 Euro**	**Steuer 19 % =**	**304 000 Euro**

Gestaltungshinweis: Wenn der Erblasser wünscht, dass beide Erben nach Abzug der Steuer gleich viel erhalten, muss er bei derartigen Gestaltungen also für einen testamentarischen Ausgleich sorgen.

76 Zusammenfassende Übersicht:

Übersicht zur Begünstigung für vermietete Wohnimmobilien nach § 13c ErbStG:

Voraussetzungen:

- bebautes Grundstück oder Grundstücksteil
- zu Wohnzwecken vermietet
- im Inland oder EU/EWR
- nicht Teil eines begünstigten Betriebsvermögens

Rechtsfolgen:

- Ansatz des gemeinen Werts und der korrespondierenden Schulden und Lasten mit 90 %
- keine Behaltensfrist
- Begünstigung nur für Letzterwerber

bb) Abschlag für Baudenkmäler

77 Hier wurde der bisher vorgesehene Wertabschlag von 60 % auf 85 % **angehoben**, ebenfalls um die höhere Bewertung von Immobilien auszugleichen (§ 13 Abs. 1 Nr. 2a ErbStG). Die übrigen Voraussetzungen der Steuerbefreiung bleiben unverändert.

cc) Verschonung des Familienheims[1]

(1) Steuerbefreiung für die lebzeitige Zuwendung an den Ehegatten

78 Der lebzeitige Erwerb der zu eigenen Wohnzwecken genutzten Immobilie durch den Ehegatten war bereits bislang steuerbefreit (§ 13 Abs. 1 Nr. 4a

1 Hierzu *Steiner*, ErbStB 2009, 123.

ErbStG). Die Erbschaftsteuerreform 2009 **erweitert** die Befreiung in drei Richtungen:

- sie gilt nunmehr auch für Zuwendungen an den eingetragenen Lebenspartner;
- sie gilt auch für Immobilien in einem Mitgliedstaat der europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraums;
- sie gilt auch anteilig für ein ansonsten fremdgenutztes Objekt, also bspw. für die selbstgenutzte Wohnung in einem Mehrfamilienhaus. Nach Ansicht der Finanzverwaltung erfolgt die Aufteilung nach dem Verhältnis der Wohn- bzw. Nutzfläche[1].

Gestaltungshinweis: Anders als bei der neu eingeführten Steuerbefreiung beim Erwerb von Todes wegen gibt es keine weiteren Voraussetzungen, insbesondere keine Mindestnutzungsdauer durch den Beschenkten.

(2) Steuerbefreiung des Familienheims beim Erwerb von Todes wegen

(a) Erwerb durch den Ehegatten

Für den Erwerb durch den Ehegatten (Lebenspartner) sieht das Gesetz in § 13 Abs. 1 Nr. 4b ErbStG eine der Höhe nach unbegrenzte Steuerbefreiung vor. Die Voraussetzungen sind dabei im Einzelnen: 79

(aa) **Erwerber** ist der Ehegatte oder eingetragene Lebenspartner. Wird er nur Miterbe, so ist sein Erwerb nur in Höhe seiner Erbquote steuerbefreit. 80

Beispiel:

V hinterlässt bei seinem Tod seiner Ehefrau M (Erbin zu ½) und seinen beiden Kindern K1 und K2 (Erben zu je einem Vierteil) das Eigenheim im Verkehrswert von 1 Mio. Euro sowie weiteres Vermögen von 1 Mio. Euro. Ehefrau M bewohnt das Haus weiter. In Höhe von 500 000 Euro (Hälfteanteil an der Immobilie) greift die Steuerbefreiung.

Die Vorschrift begünstigt den Erwerb von Todes wegen, egal ob durch Erbschaft oder Vermächtnis oder durch Vorausvermächtnis. Begünstigt ist auch der Erwerb im Zuge der Erbauseinandersetzung[2].

Abwandlung des Beispiels:

Mutter M einigt sich im Zuge der Erbauseinandersetzung darauf, dass sie das Haus allein erhält, die Kinder hingegen das restliche Vermögen. Hier ist für M die Steuerbefreiung in vollem Umfang zu gewähren[3].

(bb) Die Befreiung gilt für Immobilien im Inland oder in der Europäischen Union oder in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraums. Für die Definition des **Familienheims** gelten die bereits zu § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG 81

1 Abschnitt 3 (2) S. 13 AE.
2 *Troll/Gebel/Jülicher*, § 13 ErbStG, Rz. 76c.
3 Abschnitt 4 (5) S. 6 AE; a.A. *Geck*, ZEV 2008, 556, 559.

entwickelten Kriterien (R 43 ErbStR 2003)[1]. Es muss sich um den Lebensmittelpunkt der Familie handeln, ein Ferien- oder Zweitwohnsitz ist nicht begünstigungsfähig. Hingegen ist eine teilweise Fremdvermietung künftig steuerunschädlich, der selbstgenutzte Wohnteil bleibt begünstigt.

82 (cc) Der Erblasser muss das Anwesen bis zum Erbfall als Wohnung zu **eigenen** Wohnzwecken genutzt haben. Dies gilt nur dann nicht, wenn er „aus zwingenden Gründen" hieran gehindert war. Es liegt auf der Hand, dass dies gesundheitliche Gründe sein können, wie bspw. der erforderliche Umzug in ein Pflegeheim. Ob auch wirtschaftliche oder persönliche Gründe, bspw. der Umzug zu einem neuen Lebensgefährten, als zwingend eingestuft werden können, wird die Entwicklung der Rechtsprechung zeigen, die Finanzverwaltung vertritt eine restriktive Linie, indem sie insbesondere eine berufliche Versetzung nicht als zwingenden Grund akzeptieren will[2].

83 (dd) Wenn der überlebende Partner nicht ohnehin schon in der Immobilie wohnte, muss er sie **unverzüglich** zu eigenen Wohnzwecken nutzen. War die Immobilie vermietet (weil der Erblasser aus zwingenden Gründen ausgezogen war), so müsste es genügen, wenn der überlebende Ehegatte unverzüglich versucht, das Mietverhältnis zu beenden, um selbst einzuziehen (Eigenbedarfskündigung).

84 (ee) Die Steuerbefreiung **entfällt** vollständig, wenn der Erwerber die Selbstnutzung innerhalb von 10 Jahren nach dem Erwerb aufgibt (Alles-oder-Nichts-Prinzip). Es bleibt nur ein Stundungseffekt, da die wiederauflebende Erbschaftsteuer nicht verzinst wird. Das Gesetz fordert nur Selbstnutzung, nicht den Behalt des Eigentums. Der überlebende Partner kann das Familienheim also auch verkaufen, wenn er es nur weiterhin selbst nutzt, bspw. aufgrund eines Mietvertrags oder eines Nießbrauchsvorbehalts[3]. Offen ist noch, ob die Steuerbefreiung ganz oder teilweise entfällt, wenn die Selbstnutzung nur eingeschränkt wird, bspw. weil der überlebende Partner einen Teil der Immobilie vermietet.

Sanktionslos bleibt die Aufgabe der Selbstnutzung, wenn dies aus „zwingendem Grund" geschieht. Auch hier wird die Rechtsprechung klären müssen, was ein **zwingender Grund** ist.

Zudem ist die Finanzverwaltung der Ansicht, dass die Selbstnutzung wieder aufgenommen werden muss, wenn während der 10-jährigen Frist der zwingende Grund entfällt[4].

Entfallen die Befreiungsvoraussetzungen, ist der Erwerber verpflichtet, dies nach § 153 Abs. 2 AO anzuzeigen. Die Nachversteuerung erfolgt dann durch Änderung des Steuerbescheides gem. § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO.

---

1 Abschnitt 3 (2) und 4 (2) AE.
2 Abschnitt 4 (2) S. 3 AE.
3 *Geck*, ZEV 2008, 556, 559; *Wachter*, in: FS Spiegelberger 2009, S. 524, 537; a.A. die Begründung des Finanzausschusses (Bt-Drs. 16/11107, S. 10) und Abschnitt 4 (6) S. 3 AE.
4 Abschnitt 4 (6) S. 9 AE.

(b) Erwerb durch ein Kind

Analog zur Steuerbefreiung für den Ehegatten führte die Erbschaftsteuerreform 2009 auch eine Steuerbefreiung für Kinder ein, die von Todes wegen das Familienheim erwerben (§ 13 Abs. 1 Nr. 4c ErbStG). Es gelten ähnliche **Voraussetzungen**: 85

(aa) Begünstigt wird der Erwerb durch ein Kind oder durch das Kind eines verstorbenen Kindes. Begünstigt ist bei mehreren Kindern dasjenige, welches das Familienheim auch tatsächlich aufgrund des Testaments oder einer Erbauseinandersetzungsvereinbarung erhält.

(bb) Das Familienheim muss im Inland oder in der Europäischen Union oder im Europäischen Wirtschaftsraum liegen.

(cc) Der Erblasser muss es bis zum Erbfall als Wohnung zu eigenen Wohnzwecken genutzt haben, ausgenommen wiederum den Fall, dass er aus zwingenden Gründen ausgezogen war.

(dd) Der Erwerber muss das Objekt unverzüglich selbst nutzen.

(ee) Die Steuerbefreiung entfällt vollständig, wenn der Erwerber die Selbstnutzung innerhalb von 10 Jahren aufgibt. Ausgenommen ist wiederum der Fall, dass er aus zwingenden Gründen auszog.

(ff) Anders als beim Ehegatten gilt eine **Quadratmetergrenze**, die Steuerbefreiung wird anteilig versagt, soweit die Wohnfläche des Familienwohnheims 200 qm übersteigt. Unklar ist die Auslegung bei mehreren Erwerbern.

Beispiel:

Erblasser V hinterlässt seiner Ehefrau F und der Tochter T ein Einfamilienhaus mit 300 qm Wohnfläche. F und T sind Erben zu je ½ und bleiben beide im Haus wohnen. Fraglich ist, ob sich die Quadratmetergrenze nur auf Anteil der T (150 qm) bezieht oder auf das gesamte Objekt. Letzteres vertritt die Finanzverwaltung[1]. 86

Beispiel:

Erblasser V hinterlässt seiner Ehefrau F und seinem Sohn S ein Grundstück mit Einfamilienhaus im Wert von 1 Mio. Euro, Wohnfläche 300 qm. F und S sind Miterben zu je ½, beide nutzen das Haus nach seinem Tod weiter.

Der hälftige Erwerb der F ist in voller Höhe befreit (500 000 Euro), da es für den überlebenden Ehegatten keine Wohnflächenbegrenzung gibt. Der hälftige Erwerb des S (ebenfalls 500 000 Euro) ist hingegen nach Ansicht der Finanzverwaltung nur zu ⅔ (333 333 Euro) steuerbefreit, da § 13 Abs. 1 Nr. 4c ErbStG die Befreiung auf eine Wohnfläche von 200 qm begrenzt.

(gg) Die Begünstigung erhält nur der **Letzterwerber**.

1 Abschnitt 4 (7) AE.

Beispiel[1]**:**

87 Witwer W setzt seinen Sohn S zum Alleinerben ein und wendet das Familienheim seiner Tochter durch Vermächtnis zu. Nur die Tochter kann die Steuerbefreiung in Anspruch nehmen, wenn sie in das Haus einzieht.

➲ **Beratungshinweis:** Derartige Testamentsgestaltungen können zu enormen Belastungsunterschieden führen, wie folgendes Beispiel zeigt.

Beispiel:

Witwer W hinterlässt ein Testament mit Teilungsanordnung, wonach seine Tochter T das Familienheim mit einer Wohnfläche von 250 qm und einem Verkehrswert von 1 Mio. Euro erhält, sonstige Vermögenswerte verbleiben ihr im Wert von 300000 Euro, sein Sohn erhält Vermögenswerte von 1,3 Mio. Euro. T zieht in das Haus ein.

Es ergibt sich folgende Berechnung:

Besteuerung	Tochter	Sohn
Familienheim	1000000 Euro	
anteilige Steuerbefreiung $^{200}/_{250}$ qm (§ 13 Abs. 1 Nr. 4c ErbStG)	./. 800000 Euro	
sonstiges Vermögen	300000 Euro	1300000 Euro
./. Freibetrag (§ 16 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG)	./. 400000 Euro	./. 400000 Euro
steuerpflichtiger Erwerb	100000 Euro	900000 Euro
Steuer 7 bzw. 19 % =	**7000 Euro**	**171000 Euro**

(3) Zusammenfassende Übersicht

88 **Übersicht zur Begünstigung des Familienheims nach § 13 Abs. 1 Nr. 4a–c ErbStG**

	Übergang zu Lebzeiten	Übergang von Todes wegen
begünstigt	Ehegatte/Lebenspartner	Ehegatte/Lebenspartner Kinder Kinder verstorbener Kinder
Behaltensfrist	keine	10 Jahre Ausnahme: zwingender Grund
Begrenzung	keine	Ehegatte/Lebenspartner: keine Abkömmlinge: 200-qm-Grenze

dd) Stundungsregelung

89 Die Erbschaftsteuerreform 2009 fügte in § 28 ErbStG einen neuen Abs. 3 ein, wonach die Erbschaftsteuer auf Antrag für bis zu 10 Jahre zu stunden ist, so-

1 Weitere Beispiele in H 4 AE.

weit sie auf zu Wohnzwecken vermietete Immobilien entfällt. **Voraussetzung** ist, dass der Erwerber die Steuer nur durch Veräußerung dieses Vermögens aufbringen könnte, dass also weder sein eigenes Vermögen noch ein etwaiger sonstiger Erwerb für die Steuer ausreichen[1]. Entsprechendes gilt, wenn zum Erwerb ein Ein- oder Zweifamilienhaus oder Wohneigentum gehört, das der Erwerber nach dem Erwerb zu eigenen Wohnzwecken nutzt, längstens wird die Stundung dabei für die Dauer der Selbstnutzung gewährt, darüber hinaus wiederum nur, sofern der Erwerber die Steuer sonst nur durch Veräußerung des Objekts aufbringen könnte.

Die Stundung ist im Fall des Erwerbes von Todes wegen zinslos, beim Erwerb unter Lebenden greift hingegen die Verzinsung nach § 238 AO (§ 28 Abs. 3 Satz 5 i.V.m. Abs. 1 Satz 2 ErbStG). Kann der Schenker zur Zahlung der Steuer herangezogen werden, so besteht kein Rechtsanspruch auf Stundung. Aufgrund der strengen gesetzlichen Voraussetzungen und der restriktiven Auslegung des bisherigen § 28 ErbStG durch Finanzverwaltung und Rechtsprechung, ist nicht zu erwarten, dass die Neufassung große praktische Bedeutung gewinnen wird.

d) Verschonungsregeln für Betriebsvermögen

aa) Übersicht

(1) Begünstigungsmethode

Der Gesetzgeber gewährt für den Erwerb von Betriebsvermögen **drei Begünstigungen**: 90

- einen Verschonungsabschlag von 85 % oder unter strengeren Voraussetzungen von 100 %,
- einen Abzugsbetrag von bis zu 150000 Euro für kleinere Erwerbe,
- einen Entlastungsbetrag für Erwerber der Steuerklassen II und III, so dass diese im Ergebnis für das begünstigte Vermögen den Steuersatz nach Steuerklasse I bezahlen.

Übersicht zur Begünstigungsmethode bei Betriebsvermögen

	Regelverschonung	Verschonungsoption
Abschlag	85 %	100 %
Behaltens- und Lohnsummentest	7 Jahre	10 Jahre
Mindestlohnsumme	650 %	1000 %
Überentnahmegrenze	150000 Euro (in 7 Jahren)	150000 Euro (in 10 Jahren)
Antrag	nein	ja, unwiderruflich

1 Nach Ansicht der Finanzverwaltung muss zudem eine Kreditaufnahme nicht möglich sein, Abschnitt 43 (3) AE.

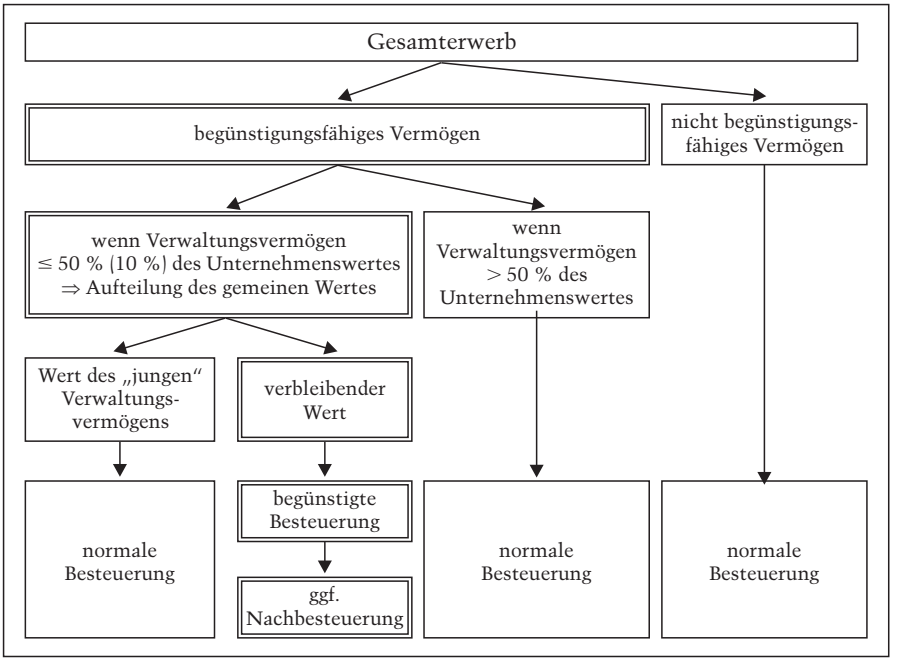
	Regelverschonung	**Verschonungsoption**
Abzugsbetrag	0–150 000 Euro	0–150 000 Euro
Erwerber der Steuerklasse II/III	faktisch Steuerklasse I (Entlastungsbetrag nach § 19a ErbStG)	nicht erforderlich (wegen 100 % Abschlag)

(2) Voraussetzungen der Begünstigung

91 Es gibt **vier Prüfungsschritte**:

1. Liegt begünstigungsfähiges Vermögen vor?
2. Beträgt der Anteil am „schädlichen" Verwaltungsvermögen höchstens 50 % (Regelverschonung) oder höchstens 10 % (Verschonungsoption)?
3. „Junges" Verwaltungsvermögen wird herausgerechnet.
4. Ist die Behaltensfrist von 7 bzw. 10 Jahren gewahrt und wird zum Ende des Beobachtungszeitraums von 7 bzw. 10 Jahren die geforderte Mindestlohnsumme erreicht?

92 **Schema** zu den Voraussetzungen der Begünstigung[1]:



1 Nach *Scholten/Korezkij*, DStR 2009, 73, 74.

(3) Person des Begünstigten

Die Begünstigungen soll nur derjenige erhalten, der das Unternehmen tatsächlich auch weiterführt, also der **Letzterwerber**. Dabei ist es unerheblich, ob er das Betriebsvermögen als Alleinerbe, Miterbe, Vermächtnisnehmer oder im Zuge der Erbauseinandersetzung erhält. 93

(a) Rechtslage bis zum 31.12.2008

Erbschaftsteuerlich war die Erbauseinandersetzung, sei es freiwillig oder aufgrund Teilungsanordnung, **unbeachtlich**. Dies führte dazu, dass die Privilegierungen für Unternehmensvermögen allen Miterben zugute kamen, nicht nur demjenigen, der nach der Erbauseinandersetzung das Unternehmen fortführte[1]. Umgekehrt traf eine Nachversteuerungspflicht bei Verstoß gegen die fünfjährige Haltefrist des alten § 13a Abs. 5 ErbStG alle Erben, auch wenn nur der das Unternehmen übernehmende Miterbe den Verstoß begangen hatte[2]. 94

(b) Rechtslage seit 1.1.2009

Auch nach neuem Recht bleibt es bei dem **Grundsatz**, dass die Auseinandersetzung zwischen den Miterben erbschaftsteuerlich unbeachtlich ist. Die Miterben versteuern anteilig entsprechend ihrer Erbquote den Steuerwert des Nachlasses (R 5 ErbStR 2003)[3]. 95

Beispiel:

Der Nachlass besteht aus den Wirtschaftsgütern A und B. Für A ermittelt das Finanzamt zum Besteuerungszeitpunkt einen gemeinen Wert von 450 000 Euro, für B von 550 000 Euro. Die beiden Erben T und S verständigen sich jedoch darauf, dass T das Wirtschaftsgut A erhält und S das Wirtschaftsgut B, ohne Wertausgleich, sei es, weil sie die Werte anders einschätzen als das Finanzamt, sei es weil sich der Wert der Wirtschaftsgüter bis zum Tag der Erbauseinandersetzung abweichend entwickelt hat. Für die Festsetzung der Erbschaftsteuer bleibt dies unerheblich, sowohl T wie S haben eine Bereicherung von 500 000 Euro zu versteuern.

Dieser Grundsatz der Unbeachtlichkeit der Erbauseinandersetzung wird seit der Erbschaftsteuerreform 2009 aber durch wichtige **Ausnahmen** durchbrochen, wenn privilegierte Vermögensgegenstände zum Nachlass zählen: also das Familienwohnheim, Mietwohnimmobilien und insbesondere Unternehmensvermögen (§§ 13 Abs. 1 Nr. 4b, c, 13a Abs. 3, 13b Abs. 3, 13c Abs. 2, 19a Abs. 2 ErbStG)[4]. Die Neuregelung bezweckt Zielgenauigkeit: Die Privilegierungen für Betriebsvermögen soll nur der Erbe erhalten, der den Betrieb auch tatsächlich fortführt. Daher ordnet der Gesetzgeber zunächst negativ an, dass ein Erbe die Begünstigung der §§ 13a, b ErbStG verliert, wenn er begünstigtes 96

1 R61 Abs. 2 ErbStR 2003.
2 H 67 ErbStH 2003.
3 BFH v. 1.4.1992 – II R 21/89, BStBl. 1992 II, 669.
4 Ausführlich zu den sich hieraus ergebenden Problemen *Wälzholz*, ZEV 2009, 113.

Vermögen aufgrund der Teilung des Nachlasses auf einen anderen Erben überträgt. Das Gegenstück zu dieser negativen Komponente bildet die – sprachlich extrem missglückte – Regelung in § 13b Abs. 3 ErbStG:

„Überträgt ein Erbe erworbenes begünstigtes Vermögen im Rahmen der Teilung des Nachlasses auf einen Dritten und gibt der Dritte dabei diesem Erwerber nicht begünstigtes Vermögen hin, das er vom Erblasser erworben hat, erhöht sich insoweit der Wert des begünstigten Vermögens des Dritten um den Wert des hingegebenen Vermögens, höchstens jedoch um den Wert des übertragenen Vermögens."

97 Diese Regelung wirft im **Detail** zahlreiche Zweifelsfragen auf, zu Kernpunkten herrscht aber in der Literatur weitgehend Einigkeit:

Begünstigter „Dritter" ist nicht nur ein Vermächtnisnehmer, sondern auch derjenige Miterbe, der das begünstigte Betriebsvermögen im Rahmen der Teilung des Nachlasses übernimmt[1].

Begünstigt ist jede Form der Auseinandersetzung, sei es aufgrund Teilungsanordnung, sei es aufgrund freiwilliger Vereinbarung zwischen den Erben oder aufgrund Anordnung durch einen Testamentsvollstrecker[2].

Es gibt keine zeitliche Beschränkung, die nachfolgende Erbauseinandersetzung stellt ein rückwirkendes Ereignis im Sinne von § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO dar, führt also zur Änderung schon ergangener Bescheide.

Die Neuregelung kann zu starken Belastungsunterschieden zwischen den Miterben führen, wie folgendes Beispiel zeigt:

Beispiel:

98 Erblasser E hinterlässt seinen Kindern S und T ein Vermögen im gemeinen Wert von insgesamt 2 Mio. Euro, bestehend aus einer Mietwohnimmobilie (1 Mio. Euro) und einem Betrieb (ebenfalls 1 Mio. Euro). S und T, die Miterben zu je ½ sind, vereinbaren, dass T den Betrieb und S die Mietimmobilie erhält.

Steuerberechnung bis zur Erbauseinandersetzung:

S und T versteuern je:	
hälftiger Wert des Betriebsvermögens	500 000 Euro
abzüglich 85 % Verschonungsabschlag	425 000 Euro
=	75 000 Euro
abzüglich gleitender Abzugsbetrag von 150 000 Euro	0 Euro
zuzüglich gemeiner Wert des Grundbesitzes	
(10 % Abschlag nach § 13c ErbStG)	450 000 Euro
abzüglich Freibetrag	400 000 Euro
steuerpflichtiger Erwerb	50 000 Euro
Steuersatz 7 %	3500 Euro

Besteuerung nach Erbauseinandersetzung:

Besteuerung der T:	
Wert Betriebsvermögen	1 000 000 Euro
abzüglich 85 % Verschonungsabschlag	850 000 Euro
=	150 000 Euro

1 *Wälzholz*, ZEV 2009, 113, 115; *Hübner*, S. 444; *Steiner*, S. 63.
2 *Riedel*, ZErb 2009, 2, 8; *Landsittel*, ZErb 2009, 11, 15.

abzüglich Abzugsbetrag von 150 000 Euro	
null Abzug steuerpflichtiger Erwerb	0 Euro

T zahlt keine Erbschaftsteuer, auf ihren allgemeinen Freibetrag von 400 000 Euro kommt es nicht mehr an.

Steuerbelastung des S:	
Mietwohnimmobilie (Abschlag nach § 13c ErbStG)	900 000 Euro
abzüglich Freibetrag	400 000 Euro
steuerpflichtiger Erwerb	500 000 Euro
Steuersatz 15 %	75 000 Euro

Infolge der Erbauseinandersetzung steigt die Gesamtsteuerbelastung des Nachlasses somit von 7000 Euro auf 75 000 Euro.

Die gesetzliche Regelung führt jedoch nicht stets dazu, dass der Verlust der Begünstigung des einen Miterben mit einer Erhöhung der Begünstigung des anderen Miterben korrespondiert, wie folgendes Beispiel zeigt: 99

Beispiel:

B hinterlässt S und T ein Betrieb mit einem gemeinen Wert von 5 Mio. Euro. T und S, Miterben zu je ½, einigen sich darauf, dass T den Betrieb allein fortführt und S ein Ausgleichsbetrag von 2,5 Mio. Euro erhält, den T finanziert oder aus eigenem Vermögen aufbringt.

Diese Vereinbarung hat zur Folge, dass die Begünstigungen nach §§ 13a, b, 19a ErbStG für den halben Wert des Betriebsvermögens (2,5 Mio. Euro) verloren gehen: S kann sie nicht in Anspruch nehmen, weil er ja das begünstigte Unternehmen auf T überträgt (§ 13a Abs. 3 Satz 2 ErbStG); T kann die Begünstigung nicht beanspruchen, weil sie den Ausgleich nicht aus Vermögen geleistet hat, das sie vom Erblasser erworben hat (§ 13b Abs. 3 ErbStG).

bb) Begünstigungsfähiges Vermögen

§ 13b Abs. 1 ErbStG i.d.F. der Erbschaftsteuerreform 2009 behält im Wesentlichen die **bisherige** Definition des begünstigungsfähigen Vermögens (§ 13a Abs. 4 Nr. 1 bis 3 ErbStG a.F.) bei, begünstigungsfähig ist hiernach[1]: 100

- Betriebsvermögen,
- Anteile an Kapitalgesellschaften, wenn der Erblasser oder Schenker am Nennkapital der Gesellschaft zu mehr als 25 % unmittelbar beteiligt war,
- land- und forstwirtschaftliches Vermögen.

Ausgedehnt wurde die Begünstigung in zwei Richtungen: 101

- Begünstigt ist nicht nur inländisches Betriebsvermögen, sondern künftig auch solches, das einer Betriebsstätte in einem **Mitgliedsstaat** der Europäischen Union oder in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraums dient. Gleiches gilt bei Kapitalgesellschaftsanteilen, wenn der Sitz oder die Geschäftsleitung in der Europäischen Union oder im Europäischen Wirtschaftsraum liegt.

1 Abschnitte 19 bis 22 AE.

– Bei Kapitalgesellschaften kann die Mindestbeteiligungsquote von mehr als 25 % künftig auch dadurch erreicht werden, dass der Erblasser oder Schenker mit anderen Gesellschaftern eine **Poolabrede** trifft, wonach sich die Beteiligten verpflichten, untereinander nur einheitlich über die Anteile zu verfügen oder diese ausschließlich auf andere, derselben Verpflichtung unterliegende Anteilseigner zu übertragen, ferner müssen sie sich darin verpflichten, das Stimmrecht gegenüber nicht gebundenen Gesellschaftern nur einheitlich auszuüben[1].

➲ **Beratungshinweis:** Der Poolvertrag ist an sich formfrei. Auf notarielle Beurkundung ist aber zu achten, falls er die Verpflichtung zur Übertragung von GmbH-Anteilen beinhaltet (§ 15 Abs. 4 GmbH).

cc) Begünstigungsschädliches Verwaltungsvermögen

(1) Verwaltungsvermögenstest

102 Um Betriebe, die der Gesetzgeber als **„unproduktiv"** empfindet, von der Begünstigung auszuschließen, wird die Verschonung für Betriebsvermögen solchen Betrieben oder Gesellschaften versagt, deren Vermögen im Besteuerungszeitpunkt zu mehr als 50 % aus sog. Verwaltungsvermögen besteht. Dieser Test hat Alles-oder-Nichts-Charakter, wird die Grenze auch nur geringfügig überschritten, so gibt es keinerlei Verschonung. Dabei gilt das strenge Stichtagsprinzip, der Anteil an Verwaltungsvermögen vor oder nach dem Stichtag ist für den Verwaltungsvermögenstest irrelevant[2].

Beim Verwaltungsvermögenstest nach § 13b Abs. 2 Satz 4 ErbStG werden zwei Werte gegenübergestellt[3]:

– einerseits der gemeine Wert des Betriebs,

– andererseits die Summe der gemeinen Werte der Einzelwirtschaftsgüter des Verwaltungsvermögens[4].

➲ **Beratungshinweis:** Kurioserweise gibt es somit Fälle, in denen der Steuerpflichtige Interesse an einer möglichst hohen Bewertung des Unternehmens hat, um die Hürde des Verwaltungsvermögenstests zu nehmen.

(2) „Junges Verwaltungsvermögen"

103 Wenn die 50-Prozent-Grenze gewahrt bleibt, ist der gesamte Wert des Betriebsvermögens begünstigungsfähig, nimmt also an der Regelverschonung von 85 % teil. Eine Ausnahme gilt für Verwaltungsvermögen, welches dem

1 Näher *Wehage*, ErbStB 2009, 148; *Feick/Nordmeier*, DStR 2009, 893; *Lahme/Zikesch*, DB 2009, 527; *Weber/Schwind*, ZEV 2009, 16; zu Besonderheiten der KGaA *Kamps*, ErbStB 2009, 248.

2 Vorbehaltlich eines etwaigen Gestaltungsmissbrauchs nach § 42 AO.

3 Dies ist schon im Ansatz verfehlt, weil eine Netto- und eine Bruttogröße verglichen werden, s. *Steiner*, S. 70.

4 Zur Berücksichtigung von Sonderbetriebsvermögen *Viskorf/Philipp*, ZEV 2009, 230.

Betrieb im Besteuerungszeitpunkt weniger als zwei Jahre zuzurechnen war (§ 13b Abs. 2 Satz 3 ErbStG). Solches Vermögen ist zwar beim 50-Prozent-Test mit zu berücksichtigen, wird aber, wenn der Test bestanden ist, aus der Begünstigung herausgerechnet. Der Gesetzgeber will so verhindern, dass das Verwaltungsvermögen kurz vor dem Besteuerungszeitpunkt, insbesondere bei vorweggenommener Erbfolge, noch bis zur Schädlichkeitsgrenze aufgestockt wird, um die Steuerverschonung optimal auszunutzen.

(3) Definition des Verwaltungsvermögens

§ 13b Abs. 2 ErbStG definiert **abschließend**, was schädliches Verwaltungsvermögen ist: 104

(a) Dritten zur Nutzung überlassene Grundstücke

Grundstücke, Grundstücksteile sowie grundstücksgleiche Rechte und Bauten, die Dritten zur Nutzung überlassen werden, sind Verwaltungsvermögen. Damit will der Gesetzgeber ausschließen, dass vermögensverwaltende Gesellschaften in den Genuss der Privilegierungen für Betriebsvermögen kommen. Allerdings gibt es **fünf Ausnahmen**, bei denen trotz Nutzungsüberlassung an Dritte kein schädliches Verwaltungsvermögen vorliegt: 105

- Überlassung im Rahmen einer Betriebsaufspaltung oder als Sonderbetriebsvermögen
- Überlassung im Rahmen einer Betriebsverpachtung
- Überlassung im Rahmen eines Konzerns
- Überlassung durch ein Wohnungsunternehmen
- Überlassung land- und forstwirtschaftlicher Grundstücke

Zudem liegt kein Verwaltungsvermögen vor, wenn die Nutzungsüberlassung im Rahmen einer „originär gewerblichen Tätigkeit" erfolgt, wie dies bspw. bei einem Hotel der Fall ist[1].

(b) Anteile an Kapitalgesellschaften

Um zu verhindern, dass Anteile an Kapitalgesellschaften, die als nicht unternehmerisch eingestuft werden, über eine **Holdingstruktur** in die Verschonungsregelung einbezogen werden, sieht § 13b Abs. 2 Nr. 2 ErbStG vor, dass Anteile an Kapitalgesellschaften von 25 % oder weniger zum Verwaltungsvermögen zählen. 106

(c) Beteiligungsstrukturen

Ebenfalls der Missbrauchsvermeidung dient es, dass § 13b Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 ErbStG vorsieht, dass **Beteiligungen** an Gesellschaften, die ihrerseits ein Ver- 107

1 Abschnitt 24 S. 3 AE.

waltungsvermögen von mehr als 50 % haben, auch zum Verwaltungsvermögen zählen.

(d) Wertpapiere und vergleichbare Forderungen

108 Wertpapiere und vergleichbare Forderungen sind Verwaltungsvermögen, wenn sie nicht dem Hauptzweck eines Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstitutes oder eines Versicherungsunternehmens dienen. Auf die **betriebliche Veranlassung** kommt es nicht an, selbst wenn die Wertpapiere bspw. zur Rückdeckung von Pensionsverpflichtungen bestimmt sind, bleiben sie doch schädliches Verwaltungsvermögen.

Für Wertpapiere kann auf die Definition in § 2 Abs. 1 WpHG zurückgegriffen werden, es handelt sich also insbesondere um Aktien und Schuldtitel. Was hingegen „vergleichbare Forderungen" sein sollen, bleibt im Dunkeln. Es liegt nahe, auch hier auf die im WpHG erwähnten Finanzinstrumente, bspw. Geldmarktinstrumente oder Derivate zurückzugreifen[1]. Da Steuerrecht Eingriffsrecht ist, sollte die Vorschrift im Übrigen zugunsten des Steuerbürgers eng ausgelegt werden, so dass bspw. Bankguthaben nicht als vergleichbare Forderungen einzustufen sind. Erfreulicherweise hat sich die Finanzverwaltung dieser Ansicht angeschlossen[2].

109 Wertpapiere oder vergleichbare Forderungen sind somit:

- Pfandbriefe
- Schuldbuchforderungen
- Geldmarktfonds
- Festgeldfonds.

Weder Wertpapiere noch vergleichbare Forderungen sind hingegen:

- Bargeld
- Sichteinlagen
- Sparanlagen
- Festgeldkonten
- Forderungen aus Lieferungen und Leistungen
- Forderungen an verbundene Unternehmen
- kaufmännische Orderpapiere (Wechsel, Schecks)
- auf Order lautende Anweisungen
- Rektapapiere.

1 *Hannes/Onderka*, ZEV 2008, 16, 22.
2 H 32 AE.

(e) Kunstgegenstände etc.

Auch Kunstgegenstände, Münzen u.ä. zählt das Gesetz zum Verwaltungsvermögen, wenn der Handel oder die Bearbeitung dieser Gegenstände nicht den Hauptzweck des Gewerbebetriebs darstellt. 110

dd) Regelverschonung und Abzugsbetrag

Das Gesetz sieht in § 13a Abs. 2 ErbStG einen sog. gleitenden Abzugsbetrag von 150000 Euro vor. (Wahrlich kein Beitrag zur Steuervereinfachung!) 111

Beispiel:

Es liegt begünstigtes Vermögen im Wert von 1,5 Mio. Euro vor. 85 % hiervon, also 1275000 Euro, bleiben verschont. Die restlichen 225000 Euro übersteigen den Abzugsbetrag von 150000 Euro um 75000 Euro. 50 % hiervon, also 37500 Euro, mindern den Abzugsbetrag, der somit in Höhe von 112500 Euro noch zur Verfügung steht.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass bei einem gemeinen Wert des Unternehmens von bis zu 1 Mio. Euro der Abzugsbetrag von 150000 Euro voll zur Verfügung steht, also auch bei der Regelverschonung keine Steuer anfällt, während bei einem Unternehmenswert von 3 Mio. Euro und darüber der Abzugsbetrag keine Wirkung mehr hat.

Übersicht zum gleitenden Abzugsbetrag:

Steuerwert	15 % nicht begünstigt	Abzugsbetrag
1000000	150000	150000
1100000	165000	142500
1200000	180000	135000
1300000	195000	127500
1400000	210000	120000
1500000	225000	112500
1600000	240000	105000
1700000	255000	97500
1800000	270000	90000
1900000	285000	82500
2000000	300000	75000
2100000	315000	67500
2200000	330000	60000
2300000	345000	52500
2400000	360000	45000
2500000	375000	37500
2600000	390000	30000
2700000	405000	22500
2800000	420000	15000
2900000	435000	7500
3000000	450000	0

Der Abzugsbetrag kann innerhalb von 10 Jahren für von derselben Person anfallende Erwerbe nur einmal berücksichtigt werden (§ 13a Abs. 2 Satz 3 ErbStG).

ee) Nachbesteuerung

(1) Behaltensfrist und Lohnsummentest

112 Der Gesetzgeber will Arbeitsplätze erhalten, indem er die Fortführung von Betrieben durch den Erwerber belohnt[1]. Für den Erhalt dieser Prämie sieht § 13a Abs. 5 Satz 1 ErbStG eine Frist von sieben Jahren vor. Zur **Nachbesteuerung** führt es, wenn während dieser Frist:

- das begünstigte Vermögen veräußert wird,
- es zu Überentnahmen kommt,
- die Lohnsummengrenze nach Ablauf des 7-Jahres-Zeitraums nicht erreicht wurde.

(a) Veräußerung

113 In Anlehnung an das bisherige Recht finden sich die einzelnen Veräußerungstatbestände in § 13a Abs. 5 Nr. 1, 2, 4 und 5 ErbStG. Zur **Missbrauchsvermeidung** gibt es flankierende Regelungen, bspw. für den Fall der Veräußerung wesentlicher Betriebsgrundlagen oder ihrer Zuführung zu betriebsfremden Zwecken. Wie bisher auch dürfte allerdings eine Weitergabe des begünstigten Vermögens im Wege der Schenkung unschädlich sein.

Zudem sieht das Gesetz eine **Reinvestitionsklausel** vor, wenn der Veräußerungserlös innerhalb einer Regelfrist von sechs Monaten wieder in die begünstigte Vermögensart investiert wird (§ 13a Abs. 5 Satz 4 ErbStG).

(b) Überentnahmen

114 Die Veräußerungstatbestände werden durch eine Überentnahmeregelung flankiert, um zu verhindern, dass der Erwerber das Unternehmen auf diesem Wege **aushöhlt**. Anders als bisher gilt diese Überentnahmeregelung auch beim Erwerb von Anteilen an Kapitalgesellschaften (§ 13a Abs. 5 Nr. 3 ErbStG).

(c) Lohnsummentest

(aa) Anwendungsbereich

115 Es gilt:

- eine Lohnsummenfrist von sieben Jahren ab dem Erwerb,
- wobei 650 % der Ausgangslohnsumme nicht unterschritten werden dürfen (Mindestlohnsumme).

Der Lohnsummentest gilt nicht:

- wenn die Ausgangslohnsumme 0 Euro beträgt
- oder wenn der Betrieb nicht mehr als 10 Beschäftigte hat.

1 Zur Kritik an diesem geradezu planwirtschaftlichen Ansatz *Steiner*, S. 8 ff.

Für die Bestimmung der Beschäftigtenzahl sollte § 23 KSchG gelten. Hiernach werden teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von nicht mehr als 20 Stunden mit 0,5 und solche mit nicht mehr als 30 Stunden mit 0,75 zu berücksichtigen sein. Die Finanzverwaltung will hingegen keine Umrechung nach § 23 KSchG akzeptieren, sondern auf die bloße Kopfzahl der Beschäftigten abstellen, lediglich mit Ausnahme von Saison- und Leiharbeitern[1].

➲ **Beratungshinweis:** Ungeklärt ist, ob die Unternehmensnachfolger mitzählen.

Beispiel:

Unternehmer U wird von seiner Frau und seinen beiden Kindern beerbt, alle drei arbeiten im Betrieb mit, der ansonsten noch acht Angestellte hat. M.E. muss die Vorschrift im Wege der teleologischen Reduktion so ausgelegt werden, dass die Rechtsnachfolger des Unternehmers weder bei der Ermittlung der Beschäftigtengrenze noch bei der Lohnsumme mitzählen[2].

(bb) Ausgangslohnsumme

Die Ausgangslohnsumme wird aus der durchschnittlichen Lohnsumme der letzten fünf vor dem Zeitpunkt der Entstehung der Steuer beendeten Wirtschaftsjahre gebildet. Eine Indexierung der Ausgangslohnsumme nach der Preisentwicklung findet nicht statt. Was alles zum Lohn zählt, ist in § 13a Abs. 4 ErbStG definiert. In der Praxis wird man meist den in der Gewinn- und Verlustrechnung ausgewiesen **Aufwand** für Löhne und Gehälter (§ 275 Abs. 2 Nr. 6 HGB) heranziehen können; der Arbeitgeberanteil zu den Sozialabgaben ist aber nicht einzubeziehen[3]. 116

(2) Umfang der Nachbesteuerung

(a) Veräußerungsfall

Verschonungsabschlag und ggf. gleitender Abzugsbetrag fallen weg, für den Verschonungsabschlag gilt dies allerdings nur zeitanteilig. Bei Erwerbern der Steuerklasse II oder III geht zudem der Entlastungsbetrag nach § 19a Abs. 5 Satz 1 ErbStG voll verloren. 117

Beispiel:

Der Erbe verkauft den Betrieb im fünften Jahr nach dem Erbfall. Der Verschonungsabschlag bleibt zu 57,2 % (4/7) erhalten, weil er vier volle Jahre der Behaltensfrist „durchgehalten" hat. Der Verschonungsabschlag wird also zu 42,86 % gekürzt. Für die einzelnen Jahre ergibt sich:

1 Abschnitt 8 (2) S. 2 u. 3 AE.
2 Ebenso *Moench/Albrecht*, Rz. 905.
3 Abschnitt 8 (4) AE.

Veräußerung im	Kürzung des Verschonungsabschlags um
1. Jahr	100 %
2. Jahr	85,71 %
3. Jahr	71,43 %
4. Jahr	57,14 %
5. Jahr	42,86 %
6. Jahr	28,57 %
7. Jahr	14,29 %

(b) Fälle der Überentnahme

118 Am Ende der siebenjährigen Frist werden die Überentnahmen zusammengerechnet, in dieser Höhe kommt es zur Nachversteuerung.

(c) Fälle der Lohnsummenunterschreitung

119 Auch hier mindert sich der Verschonungsabschlag anteilig.

Beispiel:

Die Summe der Löhne aus sieben Jahren erreicht 585 % der Ausgangslohnsumme und liegt somit 65 Prozentpunkte unter der Mindestlohnsumme von 650 % (also um 1/10 unter der Grenze). Der Verschonungsabschlag verringert sich um 1/10 von 85 %, auf 76,5 %.

Der gleitende Abzugsbetrag bleibt erhalten, da das Gesetz in § 13a Abs. 1 Satz 5 ErbStG nur von einer Minderung des Verschonungsabschlags spricht. Ebenso erhalten bleibt der Entlastungsbetrag nach § 19a ErbStG für Erwerber der Steuerklassen II oder III.

(d) Kumulation von Verstößen

120 Das Gesetz regelt nicht, welche Rechtsfolge eintritt, falls **mehrere** schädliche Tatbestände zusammentreffen, also bspw. ein Behaltens- und ein Lohnsummenverstoß. Es ist unklar, ob dann die Sanktionen zu kumulieren sind, oder ob nur eine Sanktion zum Tragen kommt.

Beispiel:

Der Betrieb wird im siebten Jahr eingestellt. Durch frühzeitige Entlassungen und Kurzarbeit waren bis dahin nur 400 % der Ausgangslohnsumme erreicht worden.

Der Verstoß gegen die Behaltensfrist führt zu einer Kürzung des Verschonungsabschlags um 1/7 (14,29 %), der Verstoß gegen die Lohnsummenklausel würde zu einer Kürzung um 25/65 (38,46 %) führen. Es bleibt offen, ob beide Kürzungstatbestände zu kumulieren sind, ob es zu einer Verrechnung kommt oder ob ein Verstoß gegen die Behaltensfrist der Lohnsummenklausel vorgeht. Die Finanzverwaltung steht auf dem Standpunkt, dass die entfallenden Ver-

schonungsabschläge gesondert zu berechnen sind und der höhere der sich dabei ergebenden Beträge für die Kürzung angesetzt wird[1].

(3) Anzeigepflicht

§ 13a Abs. 6 ErbStG regelt folgende **Anzeigepflichten**: 121

- innerhalb von sechs Monaten nach Ablauf des 7-Jahres-Zeitraums muss der Erwerber dem Finanzamt ein Unterschreiten der Lohnsummengrenze anzeigen;
- innerhalb von einem Monat nach Verstoß gegen die Behaltensfrist muss er dies ebenfalls dem Finanzamt anzeigen, dies gilt auch bei einem Verstoß gegen das Überentnahmeverbot.

Eine nachträgliche Verzinsung der wiederauflebenden Steuer ist nicht vorgesehen.

ff) Verschonungsoption

Der Gesetzgeber bietet dem Erwerber die Möglichkeit, für eine vollständige Verschonung des erworbenen Betriebsvermögens zu optieren. Voraussetzung ist, dass das Verwaltungsvermögen nicht mehr als 10 % beträgt. Wählt der Erwerber die Verschonungsoption, so gilt: 122

- Die Behaltensfrist verlängert sich auf 10 Jahre.
- Die Grenze für den Lohnsummentest steigt während dieser 10 Jahre auf 1000 % der Ausgangslohnsumme.

Gestaltungshinweis: Für einen Erwerb von bis zu 1 Mio. Euro ist die Option uninteressant, da hier auch bei Wahl der Regelverschonung wegen des gleitenden Abzugsbetrags von 150 000 Euro keine Erbschaftsteuer anfällt.

Die Verschonungsoption wird durch unwiderrufliche Erklärung des Steuerpflichtigen gewählt. Bei mehreren Erwerbern kann jeder die Wahl gesondert ausüben, weil die Erbschaftsteuer eine Erbanfallsteuer ist[2]. Die Wahl ist unwiderruflich. 123

Gestaltungshinweis: Der Antrag auf Wahl der Optionsverschonung kann noch bis zum Eintritt der formellen **Bestandkraft** des Bescheids über die Festsetzung der Erbschaft- oder Schenkungsteuer gestellt werden[3], daher sollte mit der Ausübung des Wahlrechts in der Regel gewartet werden, bis alle Besteuerungsgrundlagen festgestellt wurden.

Stellt sich später heraus, dass der Anteil des Verwaltungsvermögens die 10-Prozent-Grenze übersteigt, so stehen dem Steuerpflichtigen dennoch die Vergünstigungen der **Regeloption** mit dem Verschonungsabschlag von 85 % 124

1 Abschnitt 16 (6) S. 2 AE mit Beispielen in H 16.
2 *Geck*, ZEV 2008, 556, 563.
3 Abschnitt 17 (2) S. 2 AE.

zu, da diese auch ohne Antrag von Gesetzes wegen zu gewähren ist[1]. Verstößt der Steuerpflichtige hingegen gegen die verschärften Auflagen des Optionsmodells, also bspw. gegen die 10-jährige Behaltensfrist, so kann er nach Ausübung der Option nicht mehr zum Grundmodell zurückkehren. Kommt es wegen eines Verstoßes zu einer Nachversteuerung, so kann ein Steuerpflichtiger der Steuerklassen II oder III allerdings anteilig den Entlastungsbetrag nach § 19a ErbStG beanspruchen.

gg) Tarifbegrenzung

125 Bei Erwerbern der Steuerklassen II und III sieht auch das neue Recht in § 19a ErbStG eine Tarifbegrenzung vor, die über einen Entlastungsbetrag dafür sorgt, dass er für den zu versteuernden 15-Prozent-Anteil des begünstigten Vermögens im Ergebnis nur so viel zahlt, wie ein Erwerber der Steuerklasse I[2]. Der Entlastungsbetrag entfällt nachträglich, soweit der Erwerber gegen die Behaltensregeln des § 13a Abs. 5 ErbStG verstößt. Verstöße gegen die Lohnsummenregelung bleiben hingegen ohne Auswirkung auf den gewährten Entlastungsbetrag[3].

hh) Schuldenabzug

126 Betriebliche Verbindlichkeiten werden in der Regel bei der Bewertung des Unternehmens, also bei der Ermittlung des Ertragswerts, berücksichtigt. Bei der Besteuerung des Erwerbers sind sie dann kein eigenständiger Rechnungsposten mehr. Hatte der Erblasser hingegen den Erwerb des Anteils an einer Kapitalgesellschaft fremdfinanziert, so gehört diese Schuld zum Privatvermögen. Hierzu ordnet § 10 Abs. 6 Satz 4 ErbStG an, dass zur Vermeidung einer Überprivilegierung der Erwerber die Schuld nicht abziehen kann, soweit er begünstigt wird.

Beispiel:

Erblasser E hinterlässt 30 % der Anteile an einer GmbH (gemeiner Wert beim Erbfall 10 Mio. Euro). Den Erwerb hatte er mit einem Darlehen finanziert, das noch in Höhe von 2 Mio. Euro valutiert. Sein Alleinerbe kann auf den vollen Wert der Anteile die Regelverschonung von 85 % in Anspruch nehmen, weil kein junges Verwaltungsvermögen existiert. Im Gegenzug kann er die in Privatvermögen übernommene Verbindlichkeit von 2 Mio. Euro auch nur mit 15 % bereicherungsmindernd ansetzen.

Weitere Anwendungsfälle der **Schuldenkürzung** sind:

- die Verpflichtung des Erben zur Zahlung eines Gleichstellungsgeldes bspw. an Geschwister,
- die Belastung des Erwerbs mit einem Nießbrauch,

1 *Geck*, ZEV 2008, 556, 563, ebenso Abschnitt 17 (3) S. 3 und 4 AE.
2 Berechnungsbeispiel in H 40 AE.
3 Abschnitt 41 (1) S. 2 AE.

– die Verpflichtung zur Erfüllung von Pflichtteilsansprüchen.

Anders als das frühere Recht (§ 13a Abs. 6 ErbStG a.F.) sieht das Gesetz seit der Erbschaftsteuerreform 2009 **nicht** mehr die Möglichkeit vor, auf die Verschonung zu verzichten, um den vollen Schuldenabzug zu erhalten. 127

Fortführung des Beispiels:

Der gemeine Wert der Anteile beläuft sich beim Erbfall auf lediglich 1 Mio. Euro. Hierfür gibt es die Regelverschonung, so dass der Erbe auch nur 15 % der Verbindlichkeiten von 2 Mio. Euro bereicherungsmindernd ansetzen kann, obwohl der volle Schuldenabzug für ihn günstiger wäre.

Gestaltungshinweis:

Der volle Schuldenabzug kann dennoch erreicht werden, wenn der Erbe gegen die Behaltensregelung verstößt und den Anteil im ersten Jahr nach dem Erwerb verkauft oder wesentliche Betriebsgrundlagen entnimmt. Dann entfällt die Verschonung und der Schuldenabzug lebt auf.

4. Wahl der richtigen Vermögensstruktur

a) Vermögensanlage in Immobilien

aa) Familienheim

Sofern nach den persönlichen Verhältnissen in Betracht kommt, dass das Familienheim von dem Ehegatten oder einem Kind fortgenutzt werden kann, empfiehlt es sich auch aus erbschaftsteuerrechtlichen Gründen, die private Immobilie zu **kaufen**, statt zu mieten. Wird die Anschaffung der privatgenutzten Immobilie finanziert, sollte die Entschuldung im Vordergrund stehen, statt Vermögen anderweitig anzusparen. Denn nach § 10 Abs. 6 Satz 1 ErbStG sind Schulden und Lasten, die in wirtschaftlichem Zusammenhang mit steuerbefreiten Vermögensgegenständen stehen, nicht abzugsfähig. 128

bb) Mietwohnimmobilien

Hier kommt anders als bei Gewerbeimmobilien der (kleine) Vorteil durch den Bewertungsabschlag von 10 % nach § 13c Abs. 1 ErbStG zum Zuge. 129

cc) Wohnungsunternehmen

Bei größeren Immobilienvermögen stellt sich die Frage der **Abgrenzung** zwischen bloßer Vermögensverwaltung und einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb (§ 14 AO). Ersteres ist nicht mehr begünstigt, da der Gesetzgeber insbesondere verhindern wollte, dass private Immobilien durch Einbringung in eine gewerblich geprägte GmbH & Co. KG von den Begünstigungen für betriebliches Vermögen profitieren. Rechtstechnisch hat der Gesetzgeber dies dadurch umgesetzt, dass vermietete Immobilien grundsätzlich zum schädlichen Verwaltungsvermögen gehören (§ 13b Abs. 2 Nr. 1 ErbStG). 130

Eine Ausnahme gilt jedoch für Wohnungsunternehmen, wenn folgende **Voraussetzungen** erfüllt sind:

- Die Immobilien gehören zum Betriebsvermögen, zum gesamthänderisch gebundenen Betriebsvermögen einer Personengesellschaft oder zum Vermögen einer Kapitalgesellschaft (Sonderbetriebsvermögen ist also nicht begünstigt)[1].
- Der Hauptzweck des Betriebs besteht in der Vermietung von Wohnungen; wenn zum Immobilienbestand also auch Gewerbeimmobilien gehören, so entsteht ein Abgrenzungsproblem, welches zu einer streitanfälligen Gesamtwürdigung aller Umstände zwingt[2]. Die Finanzverwaltung will als Maßstab die Summe der Grundbesitzwerte der zu Wohnzwecken vermieten Grundstücke oder Grundstücksteile in das Verhältnis zur Summe der Grundbesitzwerte aller vermietetetn Grundstücke setzen[3].
- In Abgrenzung zur Vermögensverwaltung muss der Geschäftszweck einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb erfordern, so soll der Bereich der Vermögensverwaltung z.B. dann überschritten sein, wenn nachhaltige Verkäufe, ein häufiger Wechsel der Mieter und nicht unbedeutende Nebenleistungen des Vermieters stattfinden[4]. Wie diese Kriterien genau zu fassen sind, steht noch völlig offen, auch der Anwendungserlass zum neuen Erbschaftsteuerrecht (dort Abschnitt 28) schweigt hierzu. Die Gestaltungspraxis wird bei größeren Immobilienvermögen darauf achten, dass möglichst Kriterien entsprochen wird, die auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb zielen, bspw. indem die Verwaltung der Immobilie nicht durch eine fremde Hausverwaltung, sondern durch eigene Angestellte übernommen wird. Der gewaltige Unterschied zwischen voller Besteuerung oder Verschonung zu 85 % oder gar 100 %, wird hier einige Anstrengungen rechtfertigen[5].

b) Gesellschaftsrechtliche Gestaltungen

aa) Kapitalgesellschaften

131 Hier ist wie bisher die **Beteiligungsgrenze** von 25 % von zentraler Bedeutung, da bei Erbfall oder Schenkung die Begünstigungen grundsätzlich nur in Betracht kommen, wenn der Anteil des Erblassers oder Schenkers diese Beteiligungsgrenze überschritt.

Beispiel:

U ist zu 40 % an der X GmbH beteiligt. In einem ersten Schritt plant er, seinem Sohn S 20 % hieran zu übertragen. Die übrigen Anteile möchte er erst

1 *Troll/Gebel/Jülicher*, § 13b ErbStG, Rz 277.
2 *Hannes/Onderka*, ZEV 2009, 10, 14.
3 Abschnitt 28 (2) S. 3 AE.
4 *Troll/Gebel/Jülicher*, § 13b ErbStG, Rz 281; s.a. Pauli, DB 2009, 641; *Wachter*, in: FS Spiegelberger 2009, S. 524, 554.
5 Andererseits besteht die Gefahr, dass bei einem breiteren Leistungsspektrum des Wohnungsunternehmers die erweiterte Gewerbesteuerkürzung nach § 9 Nr. 1 S. 2 GewStG entfällt.

später übertragen, entweder ebenfalls an S oder an dessen Schwester T. Diese Gestaltung hätte zur Folge, dass durch Übertragung des ersten 20 %-Anteils U unter die 25-Prozent-Grenze fällt, beim Erbfall oder bei weiteren Übertragungen daher der Verschonungsabschlag für die restlichen 20 % nur noch in Anspruch genommen werden könnte, wenn vorab eine Poolvereinbarung getroffen worden war.

Beträgt der Anteil des Mandanten von vornherein 25 % oder weniger, so ist zu prüfen, ob die Grenze anderweitig überschritten werden kann, bspw. durch Zukauf oder durch Abschluss einer Poolvereinbarung mit anderen Gesellschaftern, die eventuell dasselbe Problem haben.

Einfacher ist es meist, die Gesellschaft in eine Personengesellschaft (meist GmbH & Co. KG) umzuwandeln, da dort keine Mindestbeteiligungsgrenze für die Begünstigungen des Betriebsvermögens gilt. Dies bietet sich insbesondere für Familiengesellschaften an, bei denen die Anteile durch Erbgänge tendenziell immer kleiner werden.

bb) Abfindungsbeschränkungen[1]

In vielen Gesellschaftsverträgen finden sich Klausel, wonach bei Ausscheiden eines Gesellschafters eine Abfindung unter dem Verkehrswert des Anteils stattfindet. Solche Abfindungsbeschränkungen zum Schutz der Gesellschaft finden sich sowohl bei Personen- wie bei Kapitalgesellschaften. Sie gelten insbesondere auch im Fall des Ausscheidens durch Tod eines Gesellschafters, wenn seine Rechtsposition nicht durch seine Erben fortgesetzt wird, bspw. weil sie nicht qualifiziert im Sinne einer qualifizierten Nachfolgeklausel bei einer Personengesellschaft sind oder weil eine Einziehungs- oder Abtretungsverpflichtung im Gesellschaftsvertrag einer GmbH greift. 132

Bereits bisher bestimmte § 3 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 ErbStG, dass als Schenkung auf den Todesfall auch der Übergang eines Anteils an einer Personen- oder Kapitalgesellschaft gilt, der durch den Tod eines Gesellschafters ausgelöst wird, und zwar insoweit als der Steuerwert dieses Anteils über den Abfindungsansprüchen liegt. Gleiches gilt bei Einziehung des Geschäftsanteils eines verstorbenen GmbH-Gesellschafters (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 ErbStG). Eine Parallelvorschrift enthält § 7 Abs. 7 ErbStG für den Fall des Ausscheidens zu Lebzeiten. Hiernach liegt eine Schenkung vor, wenn ein Gesellschafter unter Lebenden ausscheidet und sein Anteil zu einem unter dem Steuerwert liegenden Abfindungswert auf die anderen Gesellschafter oder die Gesellschaft übergeht. Auch diese Regelung gilt sowohl für Personen- wie für Kapitalgesellschaften.

Die Abfindungsbeschränkungen vieler Gesellschaftsverträge knüpfen an den Buchwert oder an das Stuttgarter Verfahren an. Die Unterschiede zwischen Steuerwert des Anteils und Abfindung waren daher bisher meist gering. Mit dem neuen Bewertungsrecht, welches zum Ziel hat, den Verkehrswert des 133

1 *Groß*, ErbStB 2009, 155; *Riedel*, ZErb 2009, 2; *Riedel*, ZErb 2009, 113.

Anteils zu erfassen, hat sich dies deutlich geändert. Die Frage ist, welche Konsequenzen die Beteiligten hieraus ziehen sollen:

Da der Schutz der Liquidität der Gesellschaft meist Vorrang hat, verbietet es sich in der Regel, derartige Abfindungsbeschränkungen aufzugeben. Die Beteiligten können aber im Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters anstelle der vertraglich vorgesehenen Zwangseinziehung oder -abtretung eine Verhandlungslösung finden, bei der der Gesellschaftsanteil auf freiwilliger Basis abgetreten oder eingezogen wird. Auf Seiten der verbleibenden Gesellschafter ist dies nur steuerbar, wenn aus Sicht des ausscheidenden Gesellschafters oder seiner Rechtsnachfolger eine freigiebige Zuwendung im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG vorliegen würde[1].

Gestaltungshinweis: Bei der GmbH sollte eine Einziehung vermieden werden, da die Vergünstigungen der §§ 13a, 19a ErbStG von den verbliebenen Gesellschaftern dann wohl nicht in Anspruch genommen werden können[2].

c) Vorbereitung auf den Verwaltungsvermögenstest

134 Im Betriebsvermögen muss vor einer lebzeitigen Übertragung aber auch ständig im Hinblick auf einen möglichen Erbfall geprüft werden, wie hoch der Anteil an schädlichem Verwaltungsvermögen ist. Für den 85 %-Abschlag darf er nicht mehr als 50 % betragen, für die Nulloption (100 % Abschlag) nicht mehr als 10 %. Je nach Ergebnis der Prüfung ergeben sich zwei unterschiedliche **Gestaltungsziele**.

- Wird die Quote (von 50 %) überschritten, so gibt es keinerlei Verschonung. Ziel muss es dann sein, die Quote einzuhalten.
- Wird die Quote hingegen eingehalten, so gibt es grundsätzlich Verschonung für das gesamte Unternehmensvermögen einschließlich des Verwaltungsvermögens (mit Ausnahme des jungen Verwaltungsvermögens). Gestaltungsziel ist es dann, die Quote möglichst optimal auszuschöpfen.

aa) Überschreiten der Quote

135 Bei einer Verwaltungsvermögensquote von mehr als 50 % (bzw. 10 %) muss der Anteil des Verwaltungsvermögens reduziert werden. Hierzu gibt es **zwei** grundsätzliche Möglichkeiten:

(1) Reduzierung des Verwaltungsvermögens

Das „schädliche" Verwaltungsvermögen kann aus der Gesellschaft entfernt werden, insbesondere durch:

- Entnahme, dies bietet sich vor allem bei Wirtschaftsgütern mit geringen stillen Reserven an,

1 *Troll/Gebel/Jülicher*, § 7 ErbStG, Rz 407.
2 Vgl. R 7 Abs. 3 S. 9 ErbStR 2003 und Abschnitt 2 (3) S. 4 AE.

– Veräußerung,
– Übertragungen in ein anderes Betriebsvermögen (zu Buchwerten nach § 6 Abs. 5 EStG),
– Realteilung einer Personengesellschaft oder Spaltung einer Kapitalgesellschaft.

(2) Erhöhung des „Produktivvermögens"

Umgekehrt kann die Verwaltungsvermögensquote positiv beeinflusst werden, indem in das Unternehmensvermögen zusätzliches „produktives" Vermögen eingebracht wird, insbesondere durch:

– Einlage von Wirtschaftsgütern, die nicht Verwaltungsvermögen sind,
– Abschluss von Poolverträgen bei Gesellschaftsbeteiligungen von 25 % oder weniger, die als schädliches Verwaltungsvermögen im Vermögen der zu beurteilenden Gesellschaft sind;
– Einbringung von Mitunternehmeranteilen, Betrieben oder Teilbetrieben.

bb) Unterschreiten der Verwaltungsvermögensquote

136 Sofern die Quote an Vermögensvermögen unter 50 % liegt, kann es sich empfehlen, weiteres Verwaltungsvermögen in die Gesellschaft einzubringen, damit es an den Privilegierungen für Betriebsvermögen, also an der 85 %-Verschonung, teilhaben kann. Wegen bestehender Bewertungsunsicherheiten, aber auch wegen möglicher Wertschwankungen im Laufe der Zeit ist hierbei ein ausreichender **Sicherheitspuffer** einzuplanen, weshalb solche Maßnahmen wohl in aller Regel ausscheiden werden, wenn eine Verwaltungsvermögensquote von 10 % gehalten werden soll, um in den Genuss der 100 %-Verschonung zu kommen. Zudem ist eine langfristige Gestaltung erforderlich, da nach § 13b Abs. 2 Satz 3 ErbStG Verwaltungsvermögen dann nicht an der Begünstigung teilhat, wenn es dem Betrieb zum Steuerzeitpunkt weniger als zwei Jahre zuzurechnen war (sog. junges Verwaltungsvermögen).

d) Kulturgut

137 Nach § 13 Abs. 1 Nr. 2a ErbStG gilt eine Steuerbefreiung zu 60 % für Kunstgegenstände, Kunstsammlungen, wissenschaftliche Sammlungen, Bibliotheken und Archive und zu 85 % für Grundbesitz und Teile von Grundbesitz[1], wenn drei **Voraussetzungen** erfüllt sind

erfüllt sind:

– Die Erhaltung dieser Gegenstände liegt wegen ihrer Bedeutung für Kunst, Geschichte oder Wissenschaft im öffentlichen Interesse,
– die jährlichen Kosten übersteigen in der Regel die erzielten Einnahmen,

1 Überblick zu den Steuererleichterungen für Baudenkmale *Paus*, EStB 2009, 239.

– die Gegenstände stehen für Forschung oder Volksbildung in angemessenem Umfang zur Verfügung.

Eine Steuerbefreiung zu 100 % tritt nach § 13 Abs. 1 Nr. 2b ErbStG ein, wenn **zusätzlich** zwei weitere Voraussetzungen hinzutreten:

– Der Steuerpflichtige ist bereit, die Gegenstände der Denkmalspflege zu unterstellen,

– die Gegenstände befinden sich seit mindestens zwanzig Jahren im Familienbesitz oder in dem Verzeichnis national wertvollen Kulturgutes oder national wertvoller Archive.

Steuerbefreit ist nach § 13 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG ferner Grundbesitz, soweit er für Zwecke der Volkswohlfahrt der Allgemeinheit ohne gesetzliche Verpflichtung zur Benutzung zugänglich gemacht wird und seine Erhaltung im öffentlichen Interesse liegt, wenn die jährlichen Kosten in der Regel die erzielten Einnahmen übersteigen.

138 Die Steuerbefreiung fällt bei all diesen Gegenständen mit Wirkung für die Vergangenheit weg, wenn sie innerhalb von zehn Jahren nach dem Erwerb veräußert werden oder die Voraussetzungen für die Steuerbefreiung innerhalb dieses Zeitraumes entfallen.

Niemand wird allein wegen dieser Steuerbefreiungen in Kulturgut investieren. In Fällen, in denen Kulturgut ohnehin im Besitz der Familie ist und ein Generationenwechsel ansteht, bietet sich aber die Prüfung an, ob alle Voraussetzungen vorliegen bzw. geschaffen werden können, um die Steuerbefreiung zu erhalten.

Auch wenn keine Steuerbefreiung greift, ist bei Kunstgegenständen das Vorsichtsprinzip zu beachten (vgl. R 94 Satz 2 ErbStR 2003). Aus den ursprünglichen Anschaffungskosten lässt sich nicht ohne Weiteres der gemeine Wert des Kunstwerks ableiten[1].

➲ **Beratungshinweis:** Auf die Steuerbefreiung kann verzichtet werden (§ 13 Abs. 3 Satz 2. ErbStG). Dies empfiehlt sich bei einem Schuldenüberhang, um den Negativsaldo mit sonstigem, erworbenen Vermögen verrechnen zu können (§ 10 Abs. 6 Satz 1 ErbStG).

e) Vermögensverlagerung ins Ausland

139 Steuerehrlichkeit der Beteiligten unterstellt, ist die Vermögensverlagerung ins Ausland regelmäßig kein geeignetes Instrument, um Erbschaftsteuer zu sparen. Allerdings sind umgekehrt durch die Erbschaftsteuerreform 2009 auch zahlreiche Benachteiligungen für Auslandsvermögen weggefallen, insbesondere, weil sich Steuerbefreiungen nunmehr auch auf Vermögenswerte im Bereich der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraums erstrecken (§ 13 Abs. 1 Nr. 4a, b, c; § 13b Abs. 1 ErbStG).

1 *Wachter*, ZEV 2002, 333; *Hoyer*, DStR 2002, 1840; *Scherer/Lehman*, Zerb 2003, 69.

Weggefallen ist die besondere Lukrativität von Immobilieninvestments in Österreich, nachdem das Doppelbesteuerungsabkommen mit Österreich, welches der Freistellungsmethode folgte, gekündigt wurde.

f) Unternehmensvermögen im Ausland

Der Übergang von Anteilen an Kapitalgesellschaften ist begünstigt, wenn die Gesellschaft Sitz oder Geschäftsleitung im Inland oder einem Mitgliedstaat der EU oder des EWR hat. Die Schenkung und Vererbung von Einzelunternehmen und Anteilen an Personengesellschaften ist hingegen dann begünstigt, wenn ihr Vermögen einer Betriebsstätte im Inland zuzurechnen ist oder einer Betriebsstätte in einem Mitgliedstaat der EU oder des EWR. Somit ist bspw. Unternehmensvermögen in wichtigen **Exportmärkten** wie den USA, Indien oder China **nicht** begünstigungsfähig. 140

Zur Herstellung der Begünstigungsvoraussetzungen nach § 13b ErbStG bieten sich dann folgende **Gestaltungen** an:

- Vermögenswerte der nicht begünstigten ausländischen Einheit werden in eine begünstigte inländische Gesellschaft eingebracht.
- Kapitalgesellschaften im Ausland werden in eine inländische Holding eingegliedert.

Es liegt auf der Hand, dass die ertragsteuerliche Seite derartiger Gestaltungen im In- wie Ausland sorgfältig geprüft werden muss.

5. Gestaltung des persönlichen Lebensbereichs

a) Heirat und ehelicher Güterstand

Zu heiraten ist für nichteheliche Lebenspartner das Steuersparmodell par excellence! 141

- Steuerklasse I statt III
- Freibetrag statt nur 20000 Euro: 500000 Euro zzgl. bis zu 256000 Euro Versorgungsfreibetrag
- Chance auf steuerfreien Zugewinnausgleich.

Aus erbschaftsteuerrechtlicher Sicht ist die Vereinbarung von Gütertrennung geradezu ein Gestaltungsfehler. In der Regel soll den Problemen des Zugewinnausgleichs nur für den Fall der Scheidung vorgebeugt werden. Hierfür genügt die Vereinbarung der modifizierten Zugewinngemeinschaft. Auf diesem Weg bleibt dem überlebenden Ehegatten die Möglichkeit erhalten, ggf. den Zugewinnausgleich konkret zu berechnen und das Erbe insofern steuerfrei anzutreten. Gütergemeinschaft wird sich hingegen selten empfehlen, zumal bereits die Bereicherung, die ein Ehegatte durch die Vereinbarung dieses Güterstandes erfährt, steuerpflichtig ist (§ 7 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG).

b) Eintragung der Lebenspartnerschaft

142 Gleichgeschlechtliche Lebenspartner, die sich nach dem LPartG haben eintragen lassen, werden durch die Reform in zahlreichen Bestimmungen einem Ehegatten gleichgestellt. Allerdings bleiben sie weiterhin in der ungünstigen Steuerklasse III.

Die **Gleichstellung** mit einem Ehegatten wurde durch die Erbschaftsteuerreform 2009 in folgenden Punkten verwirklicht:

- Freibetrag von 500 000 Euro (§ 16 Abs. 1 Nr. 6 ErbStG),
- besonderer Versorgungsfreibetrag von bis zu 256 000 Euro (§ 17 Abs. 1 ErbStG);
- Steuerbefreiung beim Erwerb des Familienheims (§ 13 Abs. 1 Nr. 4a bzw. b ErbStG);
- Steuerbefreiung für Hausrat (41 000 Euro) und andere bewegliche körperliche Gegenstände (12 000 Euro) wie bei einem Ehegatten (§ 13 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 ErbStG);
- Anwendung der Regeln über die fortgesetzte Gütergemeinschaft (§ 4 ErbStG);
- steuerfreier Zugewinnausgleich (§ 6 LPartG i.V.m. § 5 Abs. 1 und 2 ErbStG);
- Besteuerung der Bereicherung bei Vereinbarung von Gütergemeinschaft (§ 7 LPartG i.V.m. § 7 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG);
- Antragsrecht für Schlusserben oder Vermächtnisnehmer nach § 15 Abs. 3 ErbStG (i.V.m. § 10 Abs. 4 LPartG).

c) Adoption

143 Das Adoptivkind steht erbschaftsteuerrechtlich einem leiblichen Kind gleich, dies gilt auch im Fall der Erwachsenenadoption. § 1767 BGB fordert für die Zulässigkeit einer Erwachsenenadoption deren sittliche Rechtfertigung. In der Praxis kommt dies bspw. in Betracht, wenn eine alleinstehende Tante ihren Neffen adoptiert. Naturgemäß sind dies höchstpersönliche Entscheidungen, die nicht allein unter erbschaftsteuerrechtlichen Erwägungen getroffen werden können, zumal es weitreichende Konsequenzen, bspw. auch im Unterhalts- oder Namensrecht gibt[1].

d) Steuerflucht?

144 Die Vorschriften über die persönliche Steuerpflicht in § 2 ErbStG und § 4 AStG sind so weitreichend, dass die Begründung eines Auslandswohnsitzes, zumal wenn im Inland eine Wohnstätte aufrechterhalten bleibt oder wenn potentielle Erben im Inland bleiben, in aller Regel keine Erleichterung, sondern im Gegenteil ein Doppelbesteuerungsproblem mit sich bringt.

1 Näher *Becker*, ZEV 2009, 25; *Steiner*, ErbStB 2008, 83.

6. Vorweggenommene Erbfolge

a) Mehrfache Ausnutzung der Freibeträge durch zeitliche Staffelung

Die persönlichen Freibeträge können alle **zehn Jahre** genutzt werden (§ 14 ErbStG). Geschieht dies durch rechtzeitige Nachfolgegestaltung, so ergeben sich **sechs Vorteile**: 145

- Der persönliche Freibetrag steht mehrfach zur Verfügung.
- Auch soweit der Freibetrag im Einzelfall überschritten wird, kommt es in Steuerklasse I häufig zu einer Minderung der Steuerprogression.
- Erträge aus dem übertragenen Vermögen, die sich ansonsten beim Übergeber angesammelt und später der Erbschaftsteuer unterlegen hätten, wachsen der nächsten Generation erbschaftsteuerfrei an.
- Wertsteigerungen des übertragenen Vermögens unterliegen naturgemäß ebenfalls nicht mehr der Erbschaftsteuer. Dies ist von Bedeutung, da es auch bei der Erbschaftsteuer zur sog. kalten Progression, also zur laufenden Steuererhöhung durch Inflation kommt.
- Künftigen Verschlechterungen der Rechtslage wird vorgebeugt, es herrscht Planungssicherheit.
- Aus ertragsteuerlicher Sicht kommt der weitere Vorteil hinzu, dass die jüngere Generation häufig keine oder eine geringere Einkommensteuer zahlen muss. Die Übertragung selbst ist einkommensteuerneutral[1].

Beispiel:

V überträgt seiner Tochter T 100 Aktien (Erwerb 7.6.2009 für je 70 Euro). Der Kurswert zum Übertragungsstichtag beträgt 100 Euro. Abgeltungsteuer fällt nicht an. V kann seiner Bank nach § 43 Abs. 1 Satz 5 EStG mitteilen, dass ein unentgeltlicher Vorgang vorliegt. (Dies muss die Bank dann dem Finanzamt melden, § 43 Abs. 1 Satz 6 EStG.) Erst beim Verkauf durch T fällt Abgeltungsteuer an[2].

➲ **Beratungshinweis:** Sofern wirtschaftlich möglich und gewünscht, sollte der Freibetrag möglichst in einem Zug ausgeschöpft werden, also bspw. durch Schenkung von einmal 400 000 Euro an ein Kind statt von zehnmal jährlich 40 000 Euro. Andernfalls würde die 10-Jahres-Frist des § 14 ErbStG nur für den ersten Teilbetrag laufen und sich für die weiteren Teilbeträge entsprechend verlängern. 146

Bei **Schenkungsketten** ist zu beachten, dass die Erbschaftsteuerreform 2009 in § 14 Abs. 1 ErbStG einen neuen Satz 4 eingefügt hat, der vorsieht, dass mindestens die Steuer zu entrichten ist, die sich ohne Zusammenrechnung mit früheren Erwerben ergeben würde. 147

1 *Bieling/Pui Kheng Liem*, ErbStB 2009, 21.

2 Eine etwaige Doppelbesteuerung mit Schenkung- und Abgeltungsteuer wird nicht gemildert, da § 35b EStG nur für Erwerbe von Todes wegen gilt.

Beispiel[1]**:**

S hatte 2005 seiner damaligen Lebensgefährtin 100000 Euro geschenkt. Nach der Heirat im Jahr 2009 schenkt er ihr weitere 600000 Euro. Nach § 14 Abs. 1 Satz 1 bis 3 ErbStG ergibt sich Folgendes:

Schenkung 2009	600000 Euro
Schenkung 2005	100000 Euro
	700000 Euro
abzüglich Freibetrag	500000 Euro
steuerpflichtiger Erwerb	200000 Euro
× 11 % =	22000 Euro

Steuer auf den Vorerwerb:

Schenkung 2005	100000 Euro
abzüglich Freibetrag	5200 Euro
steuerpflichtiger Erwerb	94800 Euro
× 23 % =	21804 Euro

Mindestens aber anzusetzen:

Schenkung 2009	600000 Euro
abzüglich Freibetrag	500000 Euro
Steuerpflichtiger Erwerb	100000 Euro
× 11 % =	11000 Euro

b) Verteilung von Zuwendungen und Generationensprung

148 Die beiden goldenen Regeln des Erbschaftsteuersparens lauten auch bei vorweggenommener Erbfolge:

1. Zuwendungen auf möglichst viele Köpfe zu verteilen, um Freibeträge auszuschöpfen und evtl. die Steuerprogression zu mindern.
2. Besteuerungsvorgänge zu vermeiden.

➲ **Beratungssituation:** Der Vater möchte seiner Tochter 500000 Euro schenken. Steuerlast nach Abzug des persönlichen Freibetrags 7000 Euro.

Schenkt er hingegen seiner Tochter 480000 Euro und seinem Schwiegersohn 20000 Euro, so mindert sich die Steuerbelastung um immerhin 1400 Euro.

Wirtschaftlich wird dies in einer intakten Ehe keinen Unterschied machen, da die Tochter indirekt auch von der Schenkung an ihren Mann profitiert. (Für den Fall der Scheidung könnte sich der Vater bei der Schenkung an den Schwiegersohn sogar vorsorglich ein Rückforderungsrecht vorbehalten.)

1 Angelehnt an H 70 (3) ErbStH und H 37 AE; weitere Beispiele bei *Moench/Stempel*, DStR 2008, 170.

Beim **Generationensprung** besteht regelmäßig ein Zielkonflikt mit der Absicherung der Zwischengeneration, der aber in der Regel durch Aufspaltung des Zuwendungsgegenstandes oder durch Zuwendungsnießbrauch gelöst werden kann. 149

➲ **Beratungssituation:** Eine 80-jährige alleinstehende Dame überträgt ein Mietshaus, dessen Einnahmen sie nicht benötigt, direkt an ihren Neffen. Zugunsten ihres Bruders bestellt sie einen Zuwendungsnießbrauch auf Lebenszeit.

Ist die Erwerbergeneration unterhaltsberechtigt, kommt der Generationensprung auch der Zwischengeneration zugute.

➲ **Beratungssituation:** Eltern haben im Verhältnis zu ihrer Tochter die persönlichen Freibeträge ausgeschöpft. Möchten sie weiteres Vermögen übertragen, so können sie hierfür die Freibeträge der Enkelkinder ausnutzen. Die Substanz des übertragenen Vermögens steht zwar der Tochter nicht zur Verfügung, doch kann sie die Erträge des Vermögens für den Unterhalt der Kinder aufwenden (§ 1649 BGB), im wirtschaftlichen Ergebnis sind also die Tochter bzw. ihr Ehemann ebenfalls entlastet. Aus einkommensteuerrechtlicher Sicht kommt der Vorteil hinzu, dass die Erträge auf Seiten des Kindes regelmäßig einkommensteuerfrei sein werden, sofern der Grundfreibetrag und der Sparer-Pauschbetrag nicht überschritten werden[1].

c) Dreiecks- und Kettenschenkung

Als Dreiecks- oder Kettenschenkung bezeichnet man die Einschaltung eines **Zwischenerwerbers**, um Freibeträge oder Unterschiede in den Steuerklassen auszunutzen[2]. 150

Beispiele:

(1) Ein Onkel möchte seinem Neffen 40 000 Euro schenken. Hierzu schenkt er selbst 20 000 Euro unter Ausnutzung des Freibetrags, weitere 20 000 Euro schenkt er (wegen des Ehegattenfreibetrags ebenfalls steuerfrei) seiner Ehefrau, die diesen Betrag wiederum an den Neffen unter Ausnutzung des im Verhältnis zu ihr ebenfalls geltenden Freibetrags von 20 000 Euro steuerfrei weiterschenkt.

(2) Der Vater möchte seiner Tochter und seinem Schwiegersohn ein Baugrundstück im Wert von 300 000 Euro übertragen. Da der Schwiegersohn den anstehenden Hausbau finanzieren wird, sollen die Eheleute Eigentum je zur Hälfte übertragen. Die Übertragung des Grundstücks an die Tochter ist wegen

1 Schenken allerdings Eltern ihren Kindern Kapitalvermögen, so kann die Zinsverwendung für den Unterhalt steuerschädlich sein, *Schmidt/Weber-Grellet*, § 20 EStG Rz. 203.

2 Ausführlich *Fromm*, DStR 2000, 453; *Wenhardt*, ErbStB 2007, 40; *Wachter*, ZErb 2008, 174; *Reymann*, ZEV 2007, 55.

des Freibetrags steuerfrei, diese kann einen Hälfteanteil ihrem Ehemann als ehebedingte Zuwendung ebenfalls steuerfrei weiterübertragen. (§ 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG)

Die direkte Schenkung einer Hälfte an den Schwiegersohn hätte hingegen eine Steuerbelastung von 39 000 Euro ausgelöst[1].

151 ➲ **Beratungshinweis:** Bei der Kettenschenkung besteht die Gefahr, dass die Finanzverwaltung von Gestaltungsmissbrauch ausgeht und den Vorgang daher wie eine Direktschenkung behandelt. Entscheidendes Kriterium ist, ob der beschenkte Zwischenerwerber rechtlich gebunden war, das Geschenk weiterzugeben. Eine derartige Abrede wäre als Schenkung unter Auflage so zu behandeln, als sei das Geschenk direkt an den Letzterwerber erfolgt. Um einem solchen Einwand der Finanzverwaltung vorzubeugen, sollten nach Möglichkeit entgegenstehende Indizien geschaffen werden, bspw. durch eine mehrmonatige Behaltensdauer des Zwischenerwerbers[2] oder eine Umwandlung des Zuwendungsgegenstandes (Bargeld in Wertpapiere oder umgekehrt).

Die Kettenschenkung belastet den Freibetrag des Zwischenerwerbers. Zwischen Ehegatten kann dies vermieden werden, indem der weniger vermögende Ehegatte durch vorübergehende Beendigung des gesetzlichen Güterstands per Zugewinnausgleich steuerfrei die Mittel erhält, die ihm die Schenkung an die Kinder erlauben[3].

d) Gelegenheitsgeschenke

152 Nach § 13 Abs. 1 Nr. 14 ErbStG sind übliche Gelegenheitsgeschenke steuerfrei. Eine feste Wertgrenze existiert nicht, es kommt auf die Verhältnisse des Einzelfalls an. Danach können in wohlhabenden Familien auch Geschenke im Wert von mehreren tausend Euro steuerfrei bleiben[4].

e) Zuwendungen für Unterhalt und Ausbildung

153 Nach § 13 Abs. 1 Nr. 12 ErbStG sind Zuwendungen unter Lebenden zum Zwecke des angemessenen Unterhalts oder zur Ausbildung des Bedachten steuerfrei. (Wenn es sich um die Erfüllung einer Unterhaltspflicht handelt,

1 150 000 Euro (Wert des Hälfteanteils) abzüglich 20 000 Euro Freibetrag × 30 % Steuersatz.

2 In seiner Entscheidung v. 13.10.1993 (II R 92/91, BStBl. 1994 II, 128) nahm der BFH eine fehlende Entscheidungsbefugnis des Zwischenerwerbers u.a. deshalb an, weil die (notariellen) Schenkungsverträge unmittelbar aufeinander folgten, ja sogar fortlaufend nummeriert waren; zur Indizwirkung des Zeitabstands s.a. BFH v. 18.1.2001 – IV R 58/99, BStBl. 2001 II, 393; BFH v. 10.3.2005 – II R 54/03, BStBl. 2005 II, 412; FG Hessen v. 24.10.2007 – 1 K 268/04, EFG 2008, 472m Anm. *Geck*, ZEV 2008, 235 und *Halaczinsky*, ErbStB 2008, 257.

3 *Lehnen/Hanau*, ZErb 2006, 149.

4 Kritisch *Meincke*, § 13 ErbStG Rz. 54.

kommt es auf diese Steuerbefreiung von vornherein nicht an, da es sich dann nicht um eine freigebige Zuwendung nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG handelt.)

Beispiele:

– Die Tante finanziert ihrem Neffen das Studium in den USA.

– Der Bruder unterstützt seine Schwester durch laufende monatliche Zahlungen, da sie nur eine geringe Rente erhält.

f) Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt[1]

aa) Abschaffung des Abzugsverbots

154 Je jünger der Schenker ist, umso mehr eignet sich die Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt zum Steuersparen, da die Erbschaftsteuerreform 2009 das Abzugsverbot des alten § 25 ErbStG abgeschafft hat.

Beispiel:

Vater V (60 Jahre) schenkt seiner Tochter T unter Nießbrauchsvorbehalt eine Gewerbeimmobilie im Wert von 1 Mio. Euro (Jahreswert der Nutzung 60 000 Euro).

Kapitalwert des Nießbrauchs:

60 000 Euro, höchstens aber (1 Mio. Euro: 18,6)[2]
= 53 763 Euro × 12,531[3] = 673 704 Euro

T versteuert	1 000 000 Euro
abzüglich Nießbrauchslast	673 704 Euro
abzüglich Freibetrag	400 000 Euro
	0 Euro

Im Erbfall wäre hingegen eine Steuerlast von 90 000 Euro für den Übergang der Immobilie angefallen[4].

Bei Abzug des Kapitalwerts des Nießbrauchs von der Bereicherung des Beschenkten (§ 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG) ist bei Mietwohnimmobilien § 13c Abs. 1 i.V.m. § 10 Abs. 6 Satz 3 ErbStG zu beachten: Wird die Immobilie nur mit 90 % ihres Werts angesetzt, so ist auch die Nießbrauchslast nur zu 90 % abzugsfähig.

bb) Auswirkungen bei der Einkommensteuer

155 Ertragsteuerlich ändert sich durch den Nießbrauchsvorbehalt nichts. Der Nießbrauchsberechtigte erzielt weiterhin die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung und hat den Werbungskostenabzug, soweit er die Kosten auf-

1 Eingehend *Theissen/Steger*, ErbStB 2009, 158; *Geck*, DStR 2009, 1005.
2 § 16 BewG.
3 Vervielfältiger nach der Sterbetafel 2005/2007 lt. BMF-Schreiben v. 20.1.2009 – IV C 2 – S 3104/09/10001, BStBl. 2009 I, 270.
4 1 Mio. Euro abzüglich 400 000 Euro Freibetrag = 600 000 Euro × 15 %.

grund Gesetz oder vertraglicher Gestaltung tragen musste und auch tatsächlich getragen hat. Bei der Vertragsgestaltung ist darauf zu achten, dass er abweichend vom Gesetz auch die Kosten für außerordentliche Aufwendungen weiterhin trägt, ebenso wie die Zinsen aus Finanzierungsdarlehen.

Beim Vorbehaltsnießbrauch kann der Nießbraucher auch weiterhin die AfA bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung in Abzug bringen. Anders ist dies beim Zuwendungsnießbrauch[1].

Beispiel:

Vater V schenkt seiner Tochter eine Gewerbeimmobilie. V behält sich den Nießbrauch an den Erträgen vor, zudem wird vereinbart, dass die Ehefrau des V als Gesamtberechtigte ebenfalls den Nießbrauch erwirbt. Letzteres ist ein Zuwendungsnießbrauch, der im Grundsatz eine steuerpflichtige Schenkung des hälftigen Nießbrauchswerts an die Ehefrau darstellt[2]. Zudem geht die Hälfte der AfA-Berechtigung verloren.

156 Die Alternativlösung besteht darin, dass der Nießbrauch zugunsten der Ehefrau erst aufschiebend bedingt auf den Tod des V bestellt wird. Dies hat zur Folge, dass der Nießbrauch zugunsten der F erst beim Tod des V berücksichtigt wird.

Entscheidungskriterien für die Wahl zwischen Gesamtberechtigung und aufschiebender Berechtigung sind:

- Reicht der Freibetrag des Empfängers des Zuwendungsnießbrauchs aus, um diese Zuwendung schenkungsteuerfrei zu stellen? Wenn ja: Wird der durch die Zuwendung geminderte Freibetrag in den nächsten 10 Jahren vermutlich nicht mehr für die Nachfolgeplanung benötigt? Können beide Fragen bejaht werden, spricht dies für Gesamtberechtigung.
- Ist der Verlust an AfA-Volumen beträchtlich oder handelt es sich ohnehin um ein geringes Abschreibungspotential? Letzteres spricht für die Gesamtberechtigung.
- Bei Gesamtberechtigung kommt der höhere Vervielfältiger für den Abzug der Nießbrauchslast beim Beschenkten zur Anwendung (§ 14 Abs. 2 BewG): Ein höherer Vervielfältiger beim Empfänger des Zuwendungsnießbrauchs spricht daher dafür, die Lösung der Gesamtberechtigung zu wählen.

cc) Auswirkungen bei der Grunderwerbsteuer

157 In der Praxis sind Schenkungen von Immobilien meist grunderwerbsteuerfrei, da sie sich zwischen Ehegatten oder Verwandten **in gerader Linie** abspielen (§ 3 Nr. 4 bzw. § 3 Nr. 6 GrEStG). Zudem besagt § 3 Nr. 2 GrEStG, dass Grundstückserwerbe von Todes wegen und Grundstücksschenkungen unter Lebenden von der Grunderwerbsteuer befreit sind.

---

1 BFH v. 24.4.1990 – IX R 9/86, BStBl. 1990 II, 888.
2 BFH v. 22.8.2007 – II R 33/96, BStBl. 2008 II, 28.

Zu beachten ist jedoch, dass bei Schenkungen **unter Auflage** der Wert der Auflage der Grunderwerbsteuer unterliegt, falls nicht eine andere Befreiung, insbesondere die für Ehegatten oder Verwandte in gerader Linie, greift.

Beispiel:

Tante T schenkt ihrem Neffen N eine Gewerbeimmobilie im Wert von 1 Mio. Euro, an der sie sich den Nießbrauch auf Lebenszeit vorbehält (Wert des Nießbrauchs 300 000 Euro). Der Schenkungsteuer unterliegt ein Erwerb von 700 000 Euro. Der Wert des Nießbrauchs von 300 000 Euro unterliegt der Grunderwerbsteuer.

dd) Bewertungswahlrecht

158 Im Regelfall wird die Nießbrauchslast als bereicherungsmindernder Posten nach § 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG abgezogen. Aus § 10 Abs. 6 Satz 6 ErbStG ergibt sich jedoch, dass der Steuerpflichtige auch die Möglichkeit hat, den Abzug der Nießbrauchslast bereits auf der **Bewertungsebene** durchzuführen, indem er durch Sachverständigengutachten den Nießbrauch bereits bei der Ermittlung des gemeinen Werts der geschenkten wirtschaftlichen Einheit des Grundbesitzes bewerten lässt. Dies bietet sich in zwei Fallgruppen an:

- Der Sachverständige kann auch einen aufschiebend bedingten Nießbrauch bereits bereicherungsmindernd berücksichtigen, dies hat insbesondere dann Bedeutung, wenn ein Zuwendungsnießbrauch (zunächst) vermieden werden soll.
- Zudem ist bei der Bewertung des Nießbrauchs als bereicherungsmindernder Posten der Ansatz des Jahreswerts nach § 16 BewG auf $^1/_{18,6}$ des genutzten Wirtschaftsgutes begrenzt, was einer 5,5 %igen Verzinsung entspricht. Hat die konkrete Immobilie hingegen einen höheren Ertrag, so kann die Berücksichtigung der Nießbrauchslast auf der Bewertungsebene, für die diese Begrenzung nicht gilt, auch zu einem höheren Abzug führen. In dem oben unter aa) genanntem Beispiel würde dies zu einem Abzug der Nießbrauchslast in Höhe von 751 860 Euro (statt 673 704 Euro) führen.

ee) Verzicht auf den Nießbrauch

159 Wird später auf den Nießbrauch unentgeltlich verzichtet, so ist dies eine freigebige Zuwendung i.S.v. § 7 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 ErbStG[1]. Dies gilt unabhängig davon, ob der Nießbrauch vor oder nach der Erbschaftsteuerreform 2009 bestellt wurde. Bei Grundstücksübertragungen, die unter der Geltung des Abzugsverbots des alten § 25 ErbStG durchgeführt wurden, können sich aber **zwei Besonderheiten** ergeben:

- Wurde damals die Stundung nach § 25 ErbStG a.F. in Anspruch genommen, so entfällt diese mit dem Verzicht auf den Nießbrauch.

1 BFH v. 17.3.2004 – II R 3/01, BStBl. 2007 II, 429.

– Um eine Doppelbelastung zu vermeiden, kann von der Bemessungsgrundlage für den unentgeltlich ausgesprochenen Verzicht die seinerzeit nach § 25 ErbStG nicht abziehbare Nießbrauchslast abgezogen werden[1].

g) Erhalt der Steuerklasse I

160 Die Erbschaftsteuerreform 2009 hat die Steuerklassen II und III dramatisch schlechter gestellt. Damit gewinnt das **Gestaltungsziel**, Vermögen innerhalb der Steuerklasse I weiterzugeben an Bedeutung.

Beispiel:

V überträgt ein Mietshaus unter Nießbrauchsvorbehalt je zur Hälfte auf seinen Sohn S und seine Tochter T. T hat ihrerseits 3 Kinder, S ist kinderlos. Hier bietet es sich an, in den Übertragungsvertrag eine Weiterleitungsklausel aufzunehmen, wonach der Anteil des S bei seinem Tod auf den anderen Stamm übergeht. Dies gilt als Erwerb von V, es gilt Steuerklasse I.

h) Mittelbare Grundstücksschenkung

161 Eine mittelbare Schenkung liegt vor, wenn der Schenker einen anderen dadurch bereichert, dass er ihm mit eigenen Mitteln einen Gegenstand von einem Dritten verschafft, ohne selbst Zwischenerwerber geworden zu sein[2]. Gegenstand der Schenkung können auch Baukosten sein (mittelbare Baukostenschenkung)[3]. Hierdurch konnten in der Vergangenheit die erheblichen Bewertungsunterschiede zwischen Geld- und Immobilienvermögen ausgenutzt werden. Auch hat die unterschiedliche Einordnung der Zuwendung als Grundstücks- oder Geldschenkung nicht nur Bedeutung für die Bewertung, sondern auch für die Feststellung des Zeitpunkts der Steuerentstehung (R 23 Abs. 2 ErbStR 2003).

Mit der Anpassung der Immobilienbewertung an den Verkehrswert verliert die Gestaltung der mittelbaren Grundstücksschenkung in vielen Bereichen ihren Reiz. **Zwei Anwendungsfelder** verbleiben aber:

aa) Fortbestehende Bewertungsunterschiede

162 Auch nach neuem Recht sind Fälle denkbar, in denen der nach dem gesetzlichen Bewertungsverfahren ermittelte Wert hinter dem Verkehrswert zurückbleibt, dies betrifft vor allem den Anwendungsbereich des Ertrags- und des Sachwertverfahrens. Insbesondere Geldzuweisungen für Ausbau der Modernisierung eines Gebäudes werden meist nicht dazu führen, dass das Gebäude in gleicher Höhe an Wert gewinnt. Bemessungsgrundlage der Steuer ist dann lediglich die Differenz zwischen den Grundstückswerten des bebauten Grundstücks vor und nach der geschenkten Baumaßnahme.

---

1 *Meinke*, § 25 ErbStG, Rz. 16.
2 BFH v. 12.12.1979 – II R 157/78, BStBl. 1980 II, 260.
3 Übersicht bei *Moench/Albrecht*, Rz. 554.

bb) Begünstigung nach § 13c ErbStG

Zu Wohnzwecken vermietete Immobilien erhalten nach § 13c ErbStG einen Wertabschlag von 10 %. Dies kann im Wege der unmittelbaren Grundstücksschenkung genutzt werden, wenn die bekannten Spielregeln eingehalten werden (vgl. R 16 ErbStR 2003): 163

- die Schenkung des Geldes muss bis zum Erwerb der Immobilie zugesagt worden sein;
- die Zusage muss sich zweckgebunden auf eine konkrete Immobilie beziehen;
- das Geld muss bis zur Tilgung der Kaufpreisschuld fließen.

Beispiel:

Vater V schenkt seiner Tochter T 1 Mio. Euro für den Kauf eines vermieteten Mehrfamilienhauses. Der Besteuerung unterliegen 900 000 Euro, so dass sich (unter Einbeziehung des Freibetrages) im Vergleich zur Barschenkung eine Schenkungsteuerersparnis von 15 000 Euro ergibt.

Gestaltungshinweis: Fraglich ist allerdings, ob der Beschenkte in diesen Fällen auch die AfA geltend machen kann, nachdem der BFH beim mittelbar Beschenkten Anschaffungskosten verneint hat[1].

i) Familienheim

Die unentgeltliche Zuwendung des Familienheims an den Ehegatten zu Lebzeiten ist bereits seit dem Jahressteuergesetz 1996 durch Einführung von § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG steuerfrei gestellt[2]. Die **Vorteile** sind beachtlich: 164

- Die Befreiung ist unabhängig vom Güterstand der Ehegatten.
- Es gibt keine Wertgrenze.
- Es gibt keinen Objektverbrauch und daher auch keine Objektgrenze, die Beteiligten können die Steuerbefreiung also mehrfach ausnutzen.
- Der Erwerber unterliegt keiner Behaltensfrist.

Letzteres ist der entscheidende **Unterschied** zu der durch die Erbschaftsteuerreform 2009 eingeführten Steuerbefreiung im Erbfall. Die Übertragung zu Lebzeiten bleibt daher nach wie vor interessant. In der Gestaltungspraxis bietet sie sich vor allem in Fällen an, in denen das Vermögen zwischen den Ehegatten aus erbschaftsteuerrechtlicher Sicht ungünstig verteilt ist. Hier stehen zwei Fallgruppen im Vordergrund:

- Aufgrund des Altersunterschiedes der Ehegatten oder einer Erkrankung besteht die hohe Wahrscheinlichkeit, dass ein bestimmter Ehegatte zuerst verstirbt.

1 BFH v. 1.6.2004 – IX R 61/03, BFH/NV 2005, 27 = ZEV 2005, 29.
2 BGBl. 1995 I, 125, 1403.

– Ein Ehegatte ist relativ vermögenslos, so dass bei der Weiterübertragung an die Kinder die im Verhältnis zu ihm bestehenden Freibeträge nicht ausgeschöpft werden können.

165 In der Gestaltungspraxis wird zugunsten des zuwendenden Ehegatten regelmäßig ein **Rückforderungsrecht** für den Fall der Scheidung der Ehe vorgesehen. Dies sollte auch für den Fall des Vorversterbens des beschenkten Ehegatten vorgesehen werden, da der zuwendende Ehegatte andernfalls den Grundstückswert versteuern müsste, falls er als Erbe das geschenkte Familienheim zurückerhält (es sei denn, es würde die Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4b ErbStG greifen).

Gestaltungshinweis: Wird der überlebende Ehegatte Alleinerbe des Beschenkten, so stellt sich die Frage, ob das Rückforderungsrecht durch Konfusion erloschen ist oder ob die Fortbestandsfiktion nach § 10 Abs. 3 ErbStG greift. Wer vorsichtig sein will, kann das Rückforderungsrecht im Übertragungsvertrag für diesen Fall bereits aufschiebend bedingt ausüben[1].

j) Gestaltungen mit dem Güterstand[2]

166 Nach § 7 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG ist eine Bereicherung steuerpflichtig, die ein Ehegatte bei Vereinbarung der **Gütergemeinschaft** erfährt. Von diesem Güterstand ist daher bereits aus schenkungsteuerlicher Sicht abzuraten. Am günstigsten ist in aller Regel der gesetzliche Güterstand der **Zugewinngemeinschaft**, ggf. in der modifizierten Form, dass für den Fall der Scheidung kein Zugewinnausgleich stattfindet, wohl aber im Fall der Auflösung der Ehe durch Tod. Denn im Ergebnis gewährt das Erbschaftsteuerrecht dann beim Tod des ausgleichspflichtigen Ehegatten dem Überlebenden einen Freibetrag in Höhe des Zugewinnausgleichs. Das Erbschaftsteuerrecht folgt beim Zugewinnausgleich im Ausgangspunkt den zivilrechtlichen Vorschriften, indem es ebenfalls danach unterscheidet, ob der Zugewinn in pauschalierter Form (§ 5 Abs. 1 ErbStG) oder in tatsächlicher Höhe (§ 5 Abs. 2 ErbStG) ausgeglichen wird. Sodann weicht das Steuerrecht allerdings in wesentlichen Punkten von der zivilrechtlichen Betrachtung ab[3].

➲ **Beratungshinweis:** Nachfolgendes gilt seit der Erbschaftsteuerreform 2009 auch für die Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft. Bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften gibt es hingegen allenfalls die Möglichkeit, eine Nachlassverbindlichkeit steuermindernd geltend zu machen, falls zwischen den Partnern eine Innengesellschaft bestand, um gemeinsames Vermögen zu schaffen[4].

1 *Hardt*, ZEV 2004, 408, 412.
2 *Gluth*, ErbStB 2006, 319; *Jülicher*, ZEV 2006, 338.
3 Beispiele bei *Kirschstein*, ErbStB 2004, 53.
4 FG Münster v. 29.5.2008, 3 K 1354/06 Erb, EFG 2008, 1646.

aa) Erbrechtlicher Zugewinnausgleich

167 Beim erbrechtlichen Zugewinnausgleich in **pauschalierter Form** ist nicht das zusätzliche Nachlassviertel nach § 1371 Abs. 1 BGB steuerfrei, sondern der Betrag, den der überlebende Ehegatte nach § 1371 Abs. 2 BGB zivilrechtlich geltend machen könnte. Dieser Betrag muss vom überlebenden Ehegatten fiktiv berechnet werden (§ 5 Abs. 1 Satz 1 ErbStG). Für die Berechnung selbst gelten seit Inkrafttreten der Erbschaftsteuer-Richtlinien (R 11 Abs. 3 Satz 3 ErbStR 2003) die zivilrechtlichen Grundsätze insoweit, als inflationsbedingte Wertsteigerungen des Anfangsvermögens keinen Zugewinn darstellen und daher bei der Berechnung durch Indexierung des Anfangsvermögens auszuschalten sind[1]. Güterrechtliche Vereinbarungen der Ehegatten, bspw. über abweichende Berechnungsmethoden, bleiben steuerlich unberücksichtigt (§ 5 Abs. 1 Satz 2 ErbStG). Die Vermutung des § 1377 Abs. 3 BGB gilt nicht (§ 5 Abs. 1 Satz 3 ErbStG). Nach dieser Vermutung wird ein Anfangsvermögen von null unterstellt, wenn die Eheleute kein Inventarverzeichnis errichtet haben und kein gegenteiliger Beweis geführt wird.

➲ **Beratungshinweis:** Die beim güterrechtlichen Zugewinnausgleich in § 5 Abs. 1 Satz 2 ErbStG angeordnete Nichtanwendung vom Gesetz abweichender güterrechtlicher Vereinbarungen kann auch zugunsten der Beteiligten wirken, bspw. wenn in einem Ehevertrag vorgesehen war, bestimmte Vermögenswerte bei der Berechnung des Zugewinns unberücksichtigt zu lassen[2].

168 Zivilrechtlich ist die **rückwirkende Vereinbarung** der Zugewinngemeinschaft möglich. Der BFH ist dem gefolgt[3]. Der Gesetzgeber hat jedoch alsbald einen Riegel vorgeschoben, indem er mit Wirkung zum 1. Januar 1994 in § 5 ErbStG einfügte, dass aus steuerlicher Sicht als Zeitpunkt des Eintritts des Güterstandes der Tag des Vertragsabschlusses gilt (§ 5 Abs. 1 Satz 4 ErbStG)[4].

169 Nach § 5 Abs. 1 Satz 5 ErbStG gilt höchstens der dem **Steuerwert** des Endvermögens entsprechende Betrag nicht als steuerpflichtiger Erwerb von Todes wegen. Im Ergebnis werden hierdurch Begünstigungen, welche bestimmten Wirtschaftsgütern eingeräumt werden, bei der Berechnung des Zugewinnausgleichs wieder rückgängig gemacht. Der steuerfreie Zugewinnausgleich ist daher in Fällen, in denen die Verkehrswerte der beim Zugewinnausgleich berücksichtigten Wirtschaftsgüter von den Steuerwerten abweichen, in zwei Schritten zu berechnen:

- Die fiktive güterrechtliche Ausgleichsforderung wird wie im Fall einer Scheidung nach Verkehrswerten ermittelt.
- Der Zugewinnausgleich wird im Verhältnis der Verkehrswerte zu den Steuerwerten gekürzt.

1 BFH v. 27.6.2007 – II R 39/05, BStBl. 2007 II, 783; a.A. *Meincke*, § 5 ErbStG, Rz. 14.
2 Beispiel bei *Moench/Albrecht*, Rz. 387.
3 BFH v. 28.6.1989 – R 82/86, BStBl. 1989 II, 897; BFH v. 12.5.1993 – R 37/89, BStBl. 1993 II, 739.
4 BGBl. 1993 I, 2310.

Beispiel:

Der Erblasser hinterlässt seiner Ehefrau Vermögen im Verkehrswert von 2 Mio. Euro, Steuerwert 1,6 Mio. Euro. Der güterrechtliche Zugewinnausgleichsanspruch der Ehefrau hätte 700 000 Euro betragen. Dieser Betrag ist im Verhältnis von Steuer- zu Verkehrswert des Nachlasses zu kürzen (0,8). Steuerfrei bleiben aus dem Erbe somit 560 000 Euro (700 000 Euro × 0,8).

bb) Güterrechtlicher Zugewinnausgleich

170 Nach dem Gesetzeswortlaut gelten die genannten Abweichungen von der zivilrechtlichen Betrachtung nicht, wenn die Zugewinngemeinschaft in anderer Weise als durch den Tod eines Ehegatten beendet wird oder wenn der Zugewinn nach § 1371 Abs. 2 BGB ausgeglichen wird. Für diese beiden Fälle bestimmt § 5 Abs. 2 ErbStG lapidar, dass die Ausgleichsforderung nach § 1378 BGB nicht zum Erwerb im Sinne der §§ 3 und 7 ErbStG gehört. Hierdurch eröffnet sich eine **Gestaltungsvariante**, um den „Fehler" zu heilen, den Ehegatten aus erbschaftsteuerrechtlicher Sicht begangen haben, wenn sie jahrzehntelang im Güterstand der Gütertrennung gelebt haben:

Es besteht die Möglichkeit, dass der überlebende Ehegatte nach vereinbarter rückwirkender Änderung des Güterstandes beim Tod seines Partners das Erbe **ausschlägt** und zudem den kleinen Pflichtteil verlangt. Der güterrechtliche Zugewinnausgleichsanspruch bleibt dann in vollem Umfang nach § 5 Abs. 2 ErbStG steuerfrei, also ohne Beschränkung auf das Steuerwertniveau des Nachlasses und auch soweit er aus der rückwirkenden Vereinbarung des Güterstandes resultiert. Die Finanzverwaltung ging allerdings in R 12 Abs. 2 Satz 2 und 3 ErbStR 2003 davon aus, dass durch eine solche Vereinbarung dem Ehegatten eine erhöhte güterrechtliche Ausgleichsforderung verschafft wird, die als Schenkung auf den Todesfall oder als aufschiebend bedingte Schenkung unter Lebenden steuerpflichtig ist. Diese Auffassung ist falsch, da der Gesetzgeber bei der Neufassung des § 5 ErbStG bewusst die Steuerfreiheit des güterrechtlichen Zugewinnausgleichs nicht begrenzt hat. Sie wurde daher mittlerweile von der Rechtsprechung korrigiert[1], was die Finanzverwaltung akzeptiert hat[2].

171 Welchen Unterschied dies im Einzelfall ergeben kann, zeigt folgendes **Beispiel:**

M und F vereinbaren kurz vor dem Tod des M anstelle der bisherigen Gütertrennung mit Rückwirkung den Güterstand der Zugewinngemeinschaft. Der Wert des Nachlasses beträgt 6 Mio. Euro. Beider Anfangsvermögen war 0, F hat kein eigenes Vermögen, seit dem Tag der Vereinbarung der Zugewinngemeinschaft ist bei M kein weiterer Zugewinn entstanden. M wird aufgrund gesetzlicher Erbfolge von seiner Ehefrau F und seinen beiden Kindern beerbt:

1 FG Düsseldorf v. 14.6.2006 – 4 K 7107/02 Erb, EFG 2006, 1447.
2 BayLFSt v. 5.10.2006, DStR 2007, 26.

Erbrechtliche Lösung:

Erwerb der F (§§ 1371 Abs. 1 u. § 1931 Abs. 1 BGB)	3 000 000 Euro
abzüglich steuerfreier Zugewinnausgleich (§ 5 Abs. 1 Satz 4 ErbStG)	0 Euro
abzüglich persönlicher Freibetrag	500 000 Euro
steuerpflichtiger Erwerb	2 500 000 Euro
Steuer 19 %	**475 000 Euro**

Güterrechtliche Lösung:

F schlägt die Erbschaft aus. In diesem Fall erhält sie den Zugewinnausgleichsanspruch von 3 Mio. Euro (§ 1371 Abs. 2 BGB), der nach dem Wortlaut des Gesetzes (§ 5 Abs. 2 ErbStG) steuerfrei ist und den (kleinen) Pflichtteil von ⅛ aus dem restlichen Nachlass, also 375 000 Euro, worauf sie nach Abzug des persönlichen Freibetrags von 500 000 Euro **keine** Erbschaftsteuer zahlen muss. Nach früherer Ansicht der Finanzverwaltung (R 12 Abs. 2 ErbStR 2003), hätte die Zugewinnausgleichsforderung hingegen eine steuerpflichtige Schenkung auf den Todesfall (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 ErbStG) gebildet.

cc) Zugewinnausgleich während der Ehe

Bereits zu Lebzeiten können Ehegatten den Zugewinnausgleich nutzen, um Vermögen steuerfrei zu übertragen, ohne den Ehegattenfreibetrag anzutasten[1]. 172

Zivilrechtlich ist ein sog. **fliegender Ausgleich** möglich, bei dem die Ehegatten ohne tatsächliche Beendigung des Güterstandes den Ausgleich des bisherigen Zugewinns vereinbaren. Steuerrechtlich führt dies jedoch nicht zum gewünschten Ergebnis, da es sich nach der Rechtsprechung dann nicht um einen steuerfreien Zugewinnausgleich, sondern um eine steuerbare freigebige Zuwendung i.S.v. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG handelt[2]. Es bedarf somit eines Ehevertrags, um den Güterstand tatsächlich zu beenden (unter Inkaufnahme der Notarkosten). Steuerrechtlich unschädlich ist dabei die sog. **Güterstandschaukel**, also eine Gestaltung, bei der die Ehegatten zunächst die Zugewinngemeinschaft beenden, um den Zugewinn steuerfrei auszugleichen, und dann durch neuerlichen Ehevertrag wiederum den Güterstand der Zugewinngemeinschaft vereinbaren[3].

Auch bei Beendigung des Güterstandes der Zugewinngemeinschaft zu Lebzeiten mit anschließendem güterrechtlichem Zugewinnausgleich stellt sich die Frage, inwieweit Vereinbarungen der Eheleute anzuerkennen sind, die vom gesetzlichen Regelungsmodell der §§ 1373 ff. BGB abweichen. Die Finanzverwaltung versagt die Steuerfreiheit des Zugewinnausgleichs, wenn die Vereinbarungen dazu führen, dass einem Ehegatten eine „erhöhte güterrechtliche Ausgleichsforderung" verschafft wird, indem sie dann von einer steuerpflichtigen Schenkung auf den Todesfall bzw. einer Schenkung unter Lebenden ausgeht (R 12 Abs. 2 Satz 2 ErbStR 2003). Eine überhöhte Ausgleichsforderung 173

1 *Geck*, ZErb 2004, 21, *Kirnberger/Werz*, ErbStB 2003, 86; *Schlünder/Geißler*, NJW 2007, 482.

2 BFH v. 28.6.2007 – II R 12/06, BStBl. 2007 II, 785.

3 BFH v. 12.7.2005 – II R 29/02, BStBl. 2005 II, 843; hierzu *von Oertzen/Cornelius*, ErbStB 2005, 843; *Schlünder/Geißler*, NJW 2007, 1482.

wiederum sei anzunehmen, wenn „mit den Vereinbarungen in erster Linie nicht güterrechtliche, sondern erbrechtliche Wirkungen herbeigeführt werden sollen" (R 12 Abs. 2 Satz 2 ErbStR 2003). Dies deckt sich mit den Vorgaben aus einem früheren Urteil des BFH[1].

➲ **Beratungshinweis:** Ein wesentliches Kriterium bei der Entscheidung der Frage, ob eine abweichende ehevertragliche Vereinbarung mehr güterrechtlich oder mehr erbschaftsteuerlich motiviert ist, wird der Zeitablauf sein. Je mehr Zeit zwischen Abschluss des Ehevertrags und tatsächlichem Zugewinnausgleich durch Beendigung des Güterstandes vergangen ist, umso eher wird man davon ausgehen können, dass die Grenzen der Gestaltungsfreiheit eingehalten sind.

174 Die lebzeitige Beendigung der Zugewinngemeinschaft ist schließlich auch ein Gestaltungsmittel, um **bereits erfolgte Zuwendungen** zwischen den Ehegatten im Nachhinein noch steuerfrei zu stellen[2]. Denn nach § 29 Abs. 1 ErbStG erlischt die Steuer mit Wirkung für die Vergangenheit, soweit in Fällen des § 5 Abs. 2 ErbStG unentgeltliche Zuwendungen auf die Ausgleichsforderung angerechnet worden sind, wie dies § 1380 BGB vorsieht.

Beispiel:

Unternehmer U hat in den Jahren 2002 bis 2008 sehr gut verdient und entnommene Gewinne von insgesamt 5 Mio. Euro auf Gemeinschaftskonten und Depots angelegt, an denen seine Ehefrau mitberechtigt ist. Dabei wurde keine Vereinbarung geschlossen, wonach ihm das Kapital im Innenverhältnis allein zusteht. Es handelte sich daher um freigiebige Zuwendungen, die steuerpflichtig waren, sobald der Ehegattenfreibetrag von (damals 307 000 Euro) überschritten war. Durch nachträgliche Beendigung des Güterstandes der Zugewinngemeinschaft mit Anrechnung der bereits geflossenen Zuwendungen auf die Ausgleichsforderung kann dies steuerlich geheilt werden.

175 **Erbschaft- und schenkungsteuerrechtliche Auswirkungen der Änderung des ehelichen Güterstandes**

ursprünglicher Güterstand	neuer Güterstand	steuerliche Auswirkung
Zugewinngemeinschaft	Gütertrennung	Zugewinnausgleich ist steuerfrei (§ 5 Abs. 2 ErbStG), aber nach Auffassung der Finanzverwaltung kommt bei einer erhöhten Ausgleichsforderung eine steuerpflichtige Schenkung auf den Todesfall oder eine Schenkung unter Lebenden in Betracht (R 12 Abs. 2 ErbStR 2003)

1 BFH v. 28.6.1989 – II R 82/86, BStBl. 1989 II, 897.
2 Hierzu und auch zu den strafrechtlichen Aspekten *Götz*, DStR 2001, 417.

ursprünglicher Güterstand	neuer Güterstand	steuerliche Auswirkung
Zugewinngemeinschaft	Gütergemeinschaft	Zugewinnausgleich ist steuerfrei (§ 5 Abs. 2 ErbStG), im Übrigen schenkungsteuerpflichtig (§ 7 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG)
Gütertrennung	Zugewinngemeinschaft	steuerfrei
Gütertrennung	Gütergemeinschaft	schenkungsteuerpflichtig (§ 7 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG)
Gütergemeinschaft	Zugewinngemeinschaft	steuerfrei
Gütergemeinschaft	Gütertrennung	steuerfrei

k) Gemeinschaftskonten und -depots

Von einem Gemeinschaftskonto oder -depot spricht man, wenn die Rechte und Pflichten aus dem Vertragsverhältnis über das Konto bzw. Depot gegenüber dem Kreditinstitut **mehreren Personen** zustehen. In der Praxis sind dies meist Ehegatten[1], es können aber auch bspw. nichteheliche Lebensgefährten oder Geschwister sein. Ob die Kontoinhaber dabei nur gemeinschaftlich oder einzeln verfügungsberechtigt sind, ist für die erb- und schenkungsteuerliche Betrachtung ohne Belang. Insbesondere wenn der Konto- oder Depotstand im Wesentlichen nur von einem Kontoinhaber herrührt, stellen sich zwei Fragen: 176

- Führt die Einzahlung zu einer anteiligen Schenkung an den anderen Kontoinhaber? (Da die Festsetzungsverjährung nach § 170 Abs. 5 Nr. 2 AO erst mit dem Tod des Schenkers beginnt, kann das Finanzamt gegebenenfalls noch nach Jahrzehnten Schenkungsteuer festsetzen.)
- Welcher Anteil am gemeinschaftlichen Konto oder Depot fällt im Todesfall in den Nachlass des verstorbenen Kontoinhabers?

Zu beiden Fragen haben sich in der Rechtsprechung bislang keine klaren Leitlinien herausgebildet. Nach dem **Meinungsstand** in der Literatur lassen sich folgende Grundsätze zusammenfassen[2]:

Maßgeblich ist in erster Linie die zwischen den Kontoinhabern getroffene Vereinbarung[3]. Allerdings wird es in der Regel sowohl an einer ausdrücklichen als auch an einer stillschweigenden Vereinbarung fehlen. In diesem Fall greift die Literatur auf die **Vermutungsregel** des § 742 BGB zurück, nach der der Kontostand den Beteiligten zu gleichen Teilen zugerechnet wird. In der Regel wird das Guthaben auf einem Gemeinschaftskonto von Ehegatten beim Tod eines Ehegatten daher nur zur Hälfte zum erbschaftsteuerpflichti-

1 Bei Depotüberträgen zwischen Ehegatten fällt keine Kapitalertragsteuer an, s. *Bieling/Pui Kheng Liem*, ErbStB 2009, 21, 25.
2 *Götz*, ZEV 2003, 65; *Steiner*, ErbStB 2005, 76; *Werkmüller*, ZEV 2000, 440.
3 BGH v. 19.4.2000 – XII ZR 62/98, NJW 2000, 2347; FG Niedersachsen v. 14.11.2001 – 3 K 296/96, EFG 2002, 480.

gen Erwerb zählen[1]. Allerdings ist zu beachten, dass § 742 BGB nur eine Vermutungsregel enthält, die nicht eingreift, wenn sich aufgrund besonderer Umstände ein anderer Verteilungsschlüssel ergibt.

Beispiel:

177 Ehegatten haben für ihre laufenden Ausgaben ein gemeinschaftliches Konto, das in der Regel einen Guthabensaldo von einigen tausend Euro aufweist. Aus dem Verkauf eines Grundstücks, das der Ehemann geerbt hat, fließt hierauf ein Betrag in Millionenhöhe.

In derartigen Fällen ist der Kontostand mangels abweichender Vereinbarung nach dem Verhältnis der Herkunft der Mittel zuzuordnen. Keine Ausnahme vom Grundsatz der hälftigen Zuordnung ergibt sich aber allein daraus, dass es sich um eine **Alleinverdiener-Ehe** handelt, bei der der allein verdienende Ehegatte im Rahmen des Üblichen das gemeinsame Ehegattenkonto auffüllt, vor allem im Rahmen des Familienunterhalts (§ 1360 BGB). Derartige Zahlungen können nicht als Schenkung an den anderen Ehegatten gewertet werden[2]. Handelt es sich hingegen um größere Beträge, die das Maß des Eheüblichen deutlich übersteigen, ist von einer schenkungsteuerpflichtigen Zuwendung auszugehen. Die Einzahlung hoher Beträge auf Gemeinschaftskonten oder -depots ist daher in der Regel kein geeignetes Gestaltungsinstrument, um erb- und schenkungsteuerliche Vorteile zu erzielen[3]. Im Gegenteil, es drohen Nachteile, wenn der Ehegatte überlebt, von dem das Vermögen auf dem Gemeinschaftskonto größtenteils stammt. In diesem Fall muss er, soweit die Freibeträge überschritten sind und auch die Berechnung des fiktiven Zugewinnausgleichs keine Abhilfe bringt, den Rückerwerb seiner Einzahlung zur Hälfte versteuern. Wendet der überlebende Ehegatte hingegen ein, das Guthaben stamme mehr als zur Hälfte von ihm selbst, so droht das Risiko, dass der Finanzbeamte den Einzahlungsvorgang als steuerpflichtige Schenkung an den verstorbenen Ehegatten nachträglich der Besteuerung unterwirft[4].

178 Zusammenfassend ergeben sich für die Praxis **folgende Hinweise:**

1. Jeder Beteiligte sollte im Zweifel eigene Konten bzw. Depots führen. Dies gilt insbesondere für Lebensgefährten; für Ehegatten gilt diese Maxime, sobald ihr Vermögen die Freibeträge überschreitet und das Konto- oder Depotvolumen das Maß dessen übersteigt, was für die gemeinsame Lebensführung benötigt wird.

---

1 OFD Koblenz v. 18.8.1997, 3810 A – St. 53 5, DStR 1997, 2025 u. v. 19.2.2002 – S 3900 A – St 53 5, ZEV 2002, 289; *Werkmüller*, ZEV 2000, 440 (442); *Meincke*, § 10 ErbStG Rz. 12; ebenso BFH v. 22.8.2007 – II R 33/06, BStBl. 2008 II, 28; FG Düsseldorf v. 19.7.1995 – 4 K 7813/91 EFG 1996, 242; FG Rheinland-Pfalz v. 7.7.1994 – 4 K 2118/93, EFG 1995, 125; FG Hessen v. 26.7.2001 – 1 K 2651/00, EFG 2002, 34; FG München v. 10.3.2004 – 4 K 324/02; a.A. FG Hessen v. 25.4.1991 – 10 K 10197/85, EFG 1992, 142 (Herkunftsprinzip).

2 *Wachter*, MittBayNot 2000, 162 (178).

3 Teilweise a.A. *Günkel/Hörger/Thömmes*, DStR 1999, 1873 (1882).

4 *Wachter*, MittBayNot 2000, 162 (179); *Niehues/Kränke*, DB 1996, 1158 (1159); *Carlé*, ErbStB 2008, 209, 211.

2. Werden Konten oder Depots dennoch gemeinschaftlich geführt, sollte eine schriftliche Vereinbarung über die Aufteilung im Innenverhältnis nach der Herkunft der Mittel getroffen werden. So kann verhindert werden, dass die Einzahlung als steuerpflichtige Schenkung an den anderen Ehegatten qualifiziert wird.
3. Werden unter Verstoß gegen die vorigen Grundsätze größere Beträge von einem Ehegatten auf das Gemeinschaftskonto oder -depot eingezahlt, so bleibt dies – mangels Kenntnis des Finanzamtes – in der Praxis vermutlich häufig ohne Folgen und kann beim Tod des einzahlenden Ehegatten zu hälftiger Zuordnung des Guthabens und damit zu entsprechender Erbschaftsteuerersparnis führen. Diese „Chance" wird aber mit erheblichen steuerlichen und evtl. auch steuerstrafrechtlichen Risiken erkauft. Von diesem Weg ist daher abzuraten.

l) Schenkung der Schenkungsteuer

179 **Übernimmt** der Schenker die anfallende Schenkungsteuer, so gilt als steuerpflichtiger Erwerb der Betrag, der sich aus der Zusammenrechnung des Erwerbs mit der aus ihm errechneten Steuer ergibt (§ 10 Abs. 2 ErbStG). Der Steuervorteil aus der Übernahme der Steuer durch den Schenker kann im Einzelfall um die 25 % betragen[1]. Mit einer Berechnungsformel ausgedrückt:

Steuer = (Erwerb + Steuer auf den Erwerb) × Steuersatz

➲ **Beratungssituation:** M will seiner Lebensgefährtin 500000 Euro „steuergünstig" schenken.

Auf das Geldgeschenk zahlt sie nach Abzug des persönlichen Freibetrags von 20000 Euro 30 % Steuern, ergibt eine Schenkungsteuer von 144000 Euro, im wirtschaftlichen Ergebnis verbleiben ihr 356000 Euro.

Schenkt M ihr hingegen 360000 Euro unter Übernahme der Schenkungsteuer, ergibt sich folgende Berechnung:

Steuerwert des Geldgeschenkes:	360000 Euro
zuzüglich übernommene Schenkungsteuer (bezogen auf den zugewandten Netto-Betrag)	102000 Euro
Bereicherung insgesamt	462000 Euro
abzüglich Freibetrag	20000 Euro
steuerpflichtiger Erwerb	442000 Euro
Steuersatz 30 %	132600 Euro

Im Ergebnis wurden 11400 Euro Schenkungsteuer gespart.

m) Schenkung der Schenkungsnebenkosten?

180 Bei vielen Schenkungen fallen Nebenkosten an, bspw. Kosten der Rechts- und Steuerberatung, Notarkosten und Grundbuchgebühren. Übernimmt der

1 Berechnungen bei *Korezkij*, DStR 1998, 784; s.a. das Beispiel bei *Moench/Albrecht*, Rz. 471.

Schenker diese Nebenkosten, hat dies im Ergebnis keinen Einfluss auf die Berechnung der Schenkungsteuer, da zwar einerseits eine Bereicherung stattfindet, andererseits die entsprechenden Aufwendungen aber gegengerechnet werden können[1]. **Interessanter** ist insbesondere beim Grundstückserwerb die Gestaltung, dass der Beschenkte die Erwerbsnebenkosten selbst trägt. In diesem Fall kann er diese Aufwendungen vom Steuerwert des Grundstücks voll abziehen, auch wenn der Steuerwert des Grundstücks – wie es auch nach der Neuregelung des Bewertungsrechts noch der Fall sein kann – unter dem Verkehrswert liegt. Die Grundsätze der gemischten Schenkung finden keine Anwendung[2].

n) Zuwendungen mit Lebens- und Rentenversicherungen

aa) Allgemeines

181 Bei der Lebensversicherung müssen drei **Subjekte** unterschieden werden:

- der **Versicherungsnehmer**: Dies ist der Vertragspartner des Versicherers.
- der **Versicherte**: Dies ist die Risikoperson, bei deren Tod die Versicherung ausbezahlt wird (versicherte Person).
- der **Bezugsberechtigte**: Dies ist die Person, an die die Versicherung bei Fälligkeit auszahlt, also bei Ende der Vertragslaufzeit oder beim Tod der versicherten Person.

In der Praxis ist es häufig so, dass mehrere dieser Funktionen in einer Person vereinigt sind. Wie dies im Einzelfall gestaltet ist, hat erhebliche Auswirkungen auf die Erbschaftsteuer[3].

Aus erbschaftsteuerlicher Sicht bestehen **drei Möglichkeiten**, wenn eine Lebens- oder Rentenversicherung zur Auszahlung kommt:

- steuerpflichtiger Erwerb durch Erbanfall (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG)
- steuerpflichtiger Erwerb von Todes wegen (§ 3 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG)
- kein steuerbarer Erwerb

In den seltenen Fällen, in denen kein Bezugsberechtigter benannt wurde, fällt die Versicherungssumme in den **Nachlass**[4]. Steuerliche Konsequenz ist, dass ein Erwerb von Todes wegen nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG vorliegt. In der Regel fällt die Lebensversicherung aber einem **Bezugsberechtigten** zu. Zivilrechtlich fällt die Versicherungsleistung dann nicht in den Nachlass, sondern der Bezugsberechtigte erwirbt aufgrund eines Vertrags zugunsten Dritter. Damit liegt ein Erwerb von Todes wegen im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG vor. Erbschaftsteuerlich macht dies keinen Unterschied.

1 *Moench/Kien-Hümbert/Weinmann*, § 7 ErbStG, Rz. 58.
2 BFH v. 8.10.2003 – II R 46/01, BStBl. 2004, 234 = ZEV 2004, 124 m. Anm. *Meincke*.
3 Überblick bei *Worgulla*, ErbStB 2008, 234.
4 *Prölss/Martin*, § 166 VVG Rz. 9.

Hingegen scheidet ein steuerbarer Erwerb aus, wenn die Versicherungssumme an den **Versicherungsnehmer** ausgezahlt wird, denn dann leistet die Versicherung nicht an einen Dritten, sondern an ihren Vertragspartner.

bb) Absicherung des Ehegatten oder Lebenspartners

Wenn Eheleute oder Lebenspartner eine Lebensversicherung abschließen, sind folgende Gestaltungen denkbar: 182

Gestaltung 1: Der Partner A schließt die Lebensversicherung auf sein Leben ab und setzt sich zugleich als Bezugsberechtigten ein. In diesem Fall wird die Versicherungssumme beim Tod des A an seine Erben ausbezahlt, sie ist als Teil des Nachlasses erbschaftsteuerpflichtig nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG.

Gestaltung 2: Der Partner A schließt eine Lebensversicherung auf sein Leben ab, er ist also Versicherungsnehmer und versicherte Person, seinen Partner B benennt er als Bezugsberechtigten. Bei dieser Gestaltung wird die Versicherungssumme beim Tod des A direkt an B ausbezahlt. Ebenso wie bei Gestaltung 1 ist dies in vollem Umfang erbschaftsteuerpflichtig (§ 3 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG).

Gestaltung 3: Der Partner B schließt die Lebensversicherung auf das Leben des Partners A ab und benennt sich selbst als Bezugsberechtigten. Versicherungsnehmer und Bezugsberechtigter ist also B, Risikoperson ist A. Dies ist die erbschaftsteuerrechtlich günstigste Variante, denn wenn A stirbt, erhält B die Versicherungssumme, ohne dass Erbschaftsteuer anfällt, da er Vertragspartner der Lebensversicherung ist, also keine unentgeltliche Zuwendung vorliegt. Stirbt hingegen B vor A, so kommt die Versicherungssumme nicht zur Auszahlung, da die Risikoperson noch lebt. Die Stellung eines Versicherungsnehmers wird von der im Versicherungsvertrag vorgesehenen Person oder von dem Erben, regelmäßig also von A, fortgesetzt. Erbschaftsteuerlich ist auch dies günstig, da die noch nicht ausbezahlte Lebensversicherung nach § 12 Abs. 4 BewG mit dem Rückkaufswert bewertet wird[1].

➲ **Beratungshinweis:** Zahlt ein Partner dem anderen für dessen Versicherungsvertrag die Prämien, so liegt in dieser Höhe eine Schenkung vor (**Prämienschenkung**)[2]. (Allerdings dürfte aus der Sicht der Finanzverwaltung ein erhebliches Vollzugsdefizit bestehen, da das Finanzamt in der Regel weder von der Prämienschenkung erfährt, noch von der Auszahlung an den Versicherungsnehmer, weil die Versicherungsgesellschaft Letzteres nicht melden muss, wenn Versicherungsnehmer und Bezugsberechtigter identisch sind.) Zwischen Ehegatten ist dies in der Regel ohnehin kein Problem, soweit sich die Überlassung der Mittel zur Prämienzahlung im Rahmen einer angemessenen Alters- und Hinterbliebe-

1 Durch die Erbschaftsteuerreform 2009 wurde die fakultative Bewertung mit zwei Dritteln der eingezahlten Prämien abgeschafft.
2 *Rödder*, DStR 1993, 781.

nenversorgung bewegt, da insoweit Familienunterhalt und keine Schenkung vorliegt[1].

Ehegatten haben zudem die Möglichkeit, eine verbundene Lebensversicherung abzuschließen. Hier wird das Leben des zuerst versterbenden Ehegatten versichert, die Leistung erfolgt an den überlebenden Ehegatten. Zur Hälfte ist die Versicherungsleistung steuerfrei, da unterstellt wird, dass jedem Ehegatten die Versicherung auch zur Hälfte „gehört" (R 9 Abs. 3 ErbStR 2003).

cc) Lebens- und Rentenversicherungen als Instrument der vorweggenommenen Erbfolge

183 Eine interessante **Gestaltungsvariante** ist die Übertragung der Versicherungsnehmereigenschaft auf einen anderen vor Fälligkeit der Versicherung. Dieser Wechsel des Versicherungsnehmers ist durch formlose Anzeige gegenüber der Versicherungsgesellschaft möglich[2]. Die Versicherungsgesellschaft muss den Wechsel dem Finanzamt anzeigen[3]. Durch die Übertragung der Versicherungsnehmerstellung erhält der Begünstigte alle Rechte aus der Versicherung, insbesondere auch das Recht der Kündigung und das Recht, sich den Rückkaufswert auszahlen zu lassen. Es liegt deshalb bereits im Zeitpunkt des Versicherungsnehmerwechsels eine steuerpflichtige Zuwendung nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG vor.

Der **Vorteil** der Übertragung der noch nicht fälligen Versicherung liegt im Bewertungsrecht: Nach § 12 Abs. 4 BewG werden noch nicht fällige Ansprüche aus Lebens-, Kapital- oder Rentenversicherungen mit dem Rückkaufswert angesetzt.

➲ **Beratungshinweis:** Um dem Einwand des Gestaltungsmissbrauchs vorzubeugen, sollte zwischen Übertragung der Versicherungsnehmerstellung und der Fälligkeit ein gewisser Zeitraum (bspw. von drei Monaten) liegen. Nach Ansicht des Verfassers wäre dieser Einwand allerdings ohnehin unberechtigt, da im Erb- und Schenkungsteuerrecht generell das Stichtagsprinzip gilt und § 12 Abs. 4 BewG keine Frist kennt. Für eine Übertragung vor Fälligkeit lässt sich außerdem stets der außersteuerliche Grund anführen, dass erst die Übertragung dem Beschenkten eine sichere Rechtsposition verschafft. Wer ganz vorsichtig sein will, überträgt den angesparten Versicherungsvertrag zudem bereits, wenn noch mindestens eine Prämie zu zahlen ist, die dann der Beschenkte als neuer Versicherungsnehmer trägt.

Wichtig ist, dass die Stellung eines Versicherungsnehmers insgesamt übertragen wird. Die Übertragung des **Bezugsrechts** allein genügt nicht, selbst wenn sie unwiderruflich erfolgen sollte. Denn in diesem Fall unterliegt erst die zur Auszahlung kommende Versicherungsleistung (dann aber voll) der Schen-

1 Vgl. *Meincke*, § 3 ErbStG Rz. 75, 85; *Kottke*, DB 1990, 2446 (2447).
2 S. auch oben B I Rz. 7.
3 § 33 Abs. 3 ErbStG, § 3 Abs. 2 ErbStDV, H 89 ErbStH.

kungsteuer[1], da die bloße Übertragung des Bezugsrechts einen aufschiebend bedingten Anspruch verschafft, der nach § 7 Abs. 1 Nr. 10 bzw. § 9 Abs. 1 Nr. 1a ErbStG die Steuer erst mit Eintritt der Bedingung auslöst.

7. Steuergünstige Gestaltungen im Testament

184 Für die steuergünstige Testamentsgestaltung gelten ähnliche Regeln wie bei der vorweggenommenen Erbfolge: Es gilt vorrangig, möglichst viele Freibeträge auszuschöpfen, die Steuerprogression zu mindern und Besteuerungsvorgänge von vornherein zu vermeiden. Somit gelten auch die beiden goldenen **Regeln** des Erbschaftsteuersparens:

- Zuwendungen auf möglichst viele Köpfe verteilen!
- Generationen überspringen!

Fatalerweise verstoßen ausgerechnet zwei Gestaltungen in besonders krasser Weise gegen diese Maximen, die aus zivilrechtlicher Sicht nahe liegend und populär sind. Es sind dies das **Berliner Testament** und die **Vor- und Nacherbschaft**. Im Einzelfall muss daher versucht werden, die zivilrechtlichen Vorgaben dieser Gestaltungsmodelle mit dem Ziel der Steuerminimierung in Einklang zu bringen.

a) Optimierung des Berliner Testaments

aa) Ausgangssituation

185 Das Berliner Testament, bei dem sich **Eheleute** gegenseitig als Erben und ihre Kinder als Schlusserben einsetzen, ist nach wie vor eine weitverbreitete Gestaltungsform. Ihre Beliebtheit erklärt sich daraus, dass Ehegatten ihr Vermögen regelmäßig als Einheit sehen, das dem überlebenden Ehegatten weiterhin ungeschmälert zustehen soll. Erbschaftsteuerrechtlich hat dies gravierende Nachteile[2], die sich auswirken, sobald beim Tod des zweiten der Ehegatten die Freibeträge überschritten werden. Diese **Nachteile** des Berliner Testaments sind:

- Das Vermögen des zuerst Versterbenden wird **zweimal** der Erbschaftsteuer unterworfen. § 27 ErbStG, der eine Ermäßigung bei mehrfachem Erwerb desselben Vermögens vorsieht, lindert diesen Effekt nur, wenn die Erbfälle nicht mehr als zehn Jahre auseinander liegen.
- Die **Freibeträge der Kinder** können nur einmal, beim Tod des zweiten Elternteils, geltend gemacht werden, gehen also im Verhältnis zum ersten Elternteil verloren[3].

---

1 BFH v. 30.6.1999 – II R 70/97, BStBl. 1999 II, 742 = DStR 1999, 1764 m. Anm. *Viskorf*; hierzu *Fiedler*, DStR 2000, 533 und DStR 2001, 1648; *Geck/Messner*, ZEV 2000, 21.

2 Zu typischen Einkommensteuerfällen in Ehegattentestamenten *Elsner/Geck*, Stbg 2000, 308 (313).

3 Dieser Effekt lässt sich durch Geltendmachung des Pflichtteils u.U. lindern, s. Rz. 234.

– Die **Steuerprogression** verschärft sich in vielen Fällen beim Tod des zweiten Ehegatten, da sich das gesamte Vermögen bei ihm angesammelt hat.

Beispiel:

Eltern haben sich gegenseitig zu Alleinerben und ihre drei Kinder zu Schlusserben eingesetzt. Der Mann verstirbt und hinterlässt seiner Frau ein Vermögen von 1,5 Mio. Euro. Es besteht Gütertrennung, die Kinder haben wegen diverser Vorschenkungen einen Pflichtteilsverzicht erklärt. Elf Jahre später verstirbt auch die Frau, sie konnte den Nachlass des Mannes im Wert von 1,5 Mio. Euro erhalten, zudem vererbt sie den Kindern eigenes Vermögen von insgesamt 500000 Euro, zusammen also 2 Mio. Euro.

Beim **Tod des Mannes** versteuert die Frau nach Abzug des persönlichen Freibetrages von 500000 Euro 1 Mio. Euro mit 19 %, ergibt 190000 Euro Erbschaftsteuer[1]. Beim **Tod der Frau** erwirbt jedes Kind 666600 Euro[2], nach Abzug des persönlichen Freibetrags von 400000 Euro versteuert es somit 266600 Euro mit 11 %, ergibt eine Erbschaftsteuer von 29326 Euro. **Insgesamt** wird das Vermögen der Eheleute mit Erbschaftsteuern von 277978 Euro belastet, bis es in der nächsten Generation angekommen ist.

bb) Optimierungsmöglichkeiten

186 Hätten die Eheleute im Beispielsfall testamentarisch bestimmt, dass die Kinder beim Tod des erstversterbenden Ehemannes ein **Vermächtnis** von je 340000 Euro erhalten, wäre die Gesamtsteuerbelastung des Nachlasses von 277978 Euro auf 0 Euro gesunken[3].

Der überlebende Ehegatte ist häufig nicht darauf angewiesen, die gesamte Substanz des Vermögens des Erstversterbenden zu erhalten. Häufig führt das Berliner Testament daher zu einer erbschaftsteuerrechtlich ungünstigen „**Überversorgung**" des überlebenden Ehegatten. In diesen Fällen besteht die einfache Möglichkeit, die Nachteile des Berliner Testaments auszuschalten, indem die Kinder bereits beim ersten Erbfall durch Erbeinsetzung oder Vermächtnisanordnung an Teilen des Vermögens beteiligt werden. Zusätzlich kann die Stellung des überlebenden Ehegatten auf zwei Wegen gestärkt werden:

– Er wird als **Dauertestamentsvollstrecker** eingesetzt. Dies ist erbschaftsteuerlich neutral.

---

1 Es wird unterstellt, dass der Versorgungsfreibetrag von 256000 Euro durch eine Witwenrente aufgebraucht ist.

2 Abgerundet nach § 10 Abs. 1 Satz 5 ErbStG.

3 Der erste Erbgang (beim Tod des Vaters) wäre aufgrund der persönlichen Freibeträge der Kinder bzw. des persönlichen Freibetrags der Mutter und ihres Versorgungsfreibetrags steuerfrei, beim zweiten Erbgang erwerben die Kinder von der Mutter noch 480000 Euro, die aus dem Vermögen des Vaters herstammen, sowie deren eigene 500000 Euro, insgesamt also 980000 Euro, jedes Kind somit 326666 Euro, worauf es nach Abzug des persönlichen Freibetrags von 400000 Euro keine Erbschaftsteuer zu entrichten hat.

– Er erhält ganz oder teilweise ein **Nießbrauchsvermächtnis** an den Teilen des Nachlasses, die die Kinder durch Erbeinsetzung oder Vermächtnis erhalten. Dies ist insbesondere dann erforderlich, wenn dem überlebenden Ehegatten die Erträge oder Nutzungen des Vermögens erhalten bleiben sollen. (Alternativ kann der überlebende Ehegatte auch durch ein Rentenvermächtnis abgesichert werden.) Erbschaftsteuerlich führt das Nießbrauchs- oder Rentenvermächtnis zu einem Erwerb des Ehegatten nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG, bei dem belasteten Kind ist es ein Abzugsposten nach § 10 Abs. 5 ErbStG.

187 Um den Zielkonflikt zwischen Erbschaftsteuer- und Zivilrecht weiter zu entschärfen, versucht die **Gestaltungspraxis**, den Nachlass bereits beim Ableben des ersten Ehegatten steuerlich zu mindern und zugleich dem Überlebenden dennoch die Verfügung hierüber zu erhalten[1]. Der einfachste Weg hierfür wäre, den überlebenden Ehegatten mit einem Vermächtnis zu beschweren, welches erst bei seinem Tod fällig wird. Diese Gestaltung ist aber wertlos, da der Gesetzgeber ihr in § 6 Abs. 4 ErbStG einen Riegel vorgeschoben hat. Nach dieser Bestimmung stehen Vermächtnisse, die beim Tod des Beschwerten fällig werden, den Nacherbschaften gleich (s. auch R 13 ErbStR 2003). Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Vermächtnisse als Erwerb vom überlebenden Elternteil zu versteuern sind. Das Vermächtnis kann daher erst beim Tod des überlebenden Ehegatten als Erblasserschuld abgezogen werden (R 13 Satz 4 Halbs. 2 ErbStR 2003).

Zu beachten ist, dass nach Auffassung der Finanzverwaltung (R 13 Satz 5 ErbStR 2003) § 6 Abs. 4 ErbStG auch auf Vermächtnisse zutrifft, die in einer sog. **Jastrow'schen Klausel** angeordnet werden[2]. Diese Klausel gilt für den Fall, dass eines der Kinder beim ersten Erbfall den Pflichtteil verlangt; in diesem Fall erhalten die anderen Kinder ein Vermächtnis in Höhe der Hälfte des Werts ihres gesetzlichen Erbteils, das zwar beim ersten Erbfall anfällt, aber erst beim zweiten Erbfall fällig wird[3].

Die Kautelarjurisprudenz versucht im Wesentlichen auf **zwei Wegen**, der Anwendbarkeit des § 6 Abs. 4 ErbStG zu entgehen[4]:

188 Der **erste Weg** besteht darin, den Anfall des Vermächtnisses nicht direkt an den Tod des letztversterbenden Ehegatten zu knüpfen, der **zweite Weg** führt über die Auflagenlösung.

Ein grundsätzlich geeigneter Ansatz ist es, den Kindern ein **Vermächtnis** (bspw. in Höhe ihres persönlichen Freibetrages) auszusetzen, das beim Ableben des Erstversterbenden anfällt, aber erst zu einem bestimmten späteren Zeitpunkt, bspw. 20 Jahre nach dem Erbfall, fällig wird[5]. § 6 Abs. 4 ErbStG

1 *Brambring*, Jubiläums-Festschrift des Rheinischen Notariats: Notar- und Rechtsgestaltung. Tradition und Zukunft, 1998, 145 ff.; *Daragan*, DStR 1998, 357 und DStR 1999, 393; *Ebeling*, ZEV 2000, 87; *Jörg Mayer*, ZEV 1998, 50.

2 Ebenso BFH v. 27.6.2007 – II R 30/05, BStBl. 2007 II, 651.

3 Kritisch zur Auffassung der Finanzverwaltung *Meincke*, § 6 ErbStG Rz. 24.

4 Überblick bei *J. Mayer*, DStR 2004, 1371, 1409; s.a. *Kesseler/Thouet*, NJW 2008, 125.

5 *Landsittel*, Rz. 587; von *Elsner/Geck*, Stbg 2000, 308 (312).

findet dann keine Anwendung[1]. Dies führt zu den steuerlich gewünschten Folgen: Der Vermächtnisnehmer muss seinen Erwerb erst im Zeitpunkt der Fälligkeit versteuern (§ 9 Abs. 1 Nr. 1a ErbStG), der belastete Erbe kann die Vermächtnisschuld bereits im Zeitpunkt ihrer Entstehung als Nachlassverbindlichkeit bei der Berechnung des steuerpflichtigen Erwerbes abziehen (§ 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG), wobei die Forderung allerdings abzuzinsen ist (§ 12 Abs. 3 BewG).

Gestaltungshinweis: Wird die Fälligkeit auf einen Zeitpunkt bestimmt, der deutlich über die statistische Lebenserwartung des überlebenden Ehegatten hinausreicht, und sind die Kinder (wie meist) zugleich die Erben des überlebenden Ehegatten, droht das Damoklesschwert des **Gestaltungsmissbrauchs** (§ 42 AO). Der bessere, gerichtlich aber ebenfalls noch nicht „getestete", Weg dürfte sein, den überlebenden Ehegatten mit einem **Zweckvermächtnis** (§ 2156 BGB) zu belasten. Der Erblasser bestimmt dabei im Testament nur die Vermächtnisnehmer, in der Regel also die gemeinschaftlichen Kinder und den Zweck des Vermächtnisses (bspw. Ausschöpfung der erbschaftsteuerlichen Freibeträge). Die Bestimmung von Art, Höhe, Fälligkeit und der sonstigen Bedingungen des Vermächtnisses kann hingegen dem überlebenden Ehegatten überlassen bleiben.

189 Von *Daragan* stammt der Vorschlag, anstelle des Vermächtnisses die **Auflage** als erbschaftsteuerliches Gestaltungsmittel einzusetzen[2]. Der Erwerb aufgrund einer Auflage, die erst beim Tod des Letztversterbenden zu erfüllen ist, führt nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 ErbStG zu einem Erwerb des Begünstigten vom Erblasser. Dieser Erwerb ist erst im Zeitpunkt der Erfüllung der Auflage zu versteuern (§ 9 Abs. 1 Nr. 1d ErbStG). Der überlebende Ehegatte hingegen kann die Verpflichtung aus der Auflage sofort von seinem steuerpflichtigen Erwerb abziehen (abgezinst nach § 12 Abs. 3 BewG). Diese Gestaltungsmöglichkeit hat die Erbschaftsteuerreform 2009 beseitigt, indem in § 6 Abs. 4 ErbStG aufgenommen wurde, dass auch Auflagen, die beim Tod des Beschwerten fällig werden, den Nacherbschaften gleichstehen, ebenso wie bisher bereits Nachvermächtnisse und beim Tode des Beschwerten fällige Vermächtnisse.

190 Wenn Schlusserben des Berliner Testaments (§ 2269 BGB) nicht Abkömmlinge der Ehegatten, sondern sonstige Verwandte eines Ehegatten sind, so gelten im Verhältnis zu den Ehegatten meist verschiedene Steuerklassen und Freibeträge. § 15 Abs. 3 ErbStG ordnet daher an, dass für das noch vorhandene Vermögen des erstverstorbenen Ehegatten im Schlusserbfall insoweit Erben und Vermächtnisnehmer auf Antrag als seine Erben anzusehen sind. Dies gilt allerdings nur, „soweit der überlebende Ehegatte an die Verfügung gebunden

1 FinMin Saarland, Verf. v. 20.8.1998, B/5 – 268/98 – S 3802, ZEV 1998, 347; FinMin Baden-Württemberg, Erlass v. 26.8.1998, 3 – S – 3802/17, DB 1998, 1841; zu etwaigen Einkommensteuerproblemen (Aufteilung in Kapital- und Zinsanteil) *J. Mayer*, ZEV 1998, 50 (54).

2 *Daragan*, DStR 1999, 393 mit Formulierungsvorschlag (396).

ist". Jedoch sind **Öffnungsklauseln** unter gewissen Voraussetzungen unschädlich: Dies gilt zum einen, wenn der überlebende Ehegatte hiervon keinen Gebrauch macht[1]. Dies gilt zum anderen aber auch, wenn er das Testament zwar ändert, dabei aber die Erbquote des unter § 15 Abs. 3 ErbStG fallenden Erwerbes unverändert lässt[2].

Gestaltungshinweis: Will der überlebende Ehegatte den Erwerb des von § 15 Abs. 3 ErbStG betroffenen Schlusserben mindern, so sollte dies nicht direkt über eine Herabsetzung der Erbquote erfolgen, sondern mittelbar durch Aussetzung von Vermächtnissen. Will er den Erwerb hingegen erhöhen, so sollte dies über ein Vorausvermächtnis geschehen; für dieses gilt dann zwar nicht die Vergünstigung des § 15 Abs. 3 ErbStG, diese bleibt aber wenigstens für den übrigen Erwerb erhalten. § 15 Abs. 3 ErbStG gilt nicht für den Erbvertrag, das gemeinschaftliche Testament ist daher in Fällen unterschiedlicher Verwandtschaftsgrade der Schlusserben zu den einzelnen Ehegatten der erbschaftsteuerlich vorteilhaftere Weg.

b) Vor- und Nacherbfolge

aa) Ausgangssituation

191 Aus zivilrechtlicher Sicht erwirbt der Nacherbe vom Erblasser und nicht vom Vorerben. Abweichend hiervon ordnet § 6 ErbStG an, dass der Nacherbfall als Erwerb vom Vorerben gilt. Das Erbschaftsteuerrecht geht somit von **zwei getrennt** zu erfassenden Erbfällen aus, dies bringt strukturell ähnliche Probleme wie beim Berliner Testament mit sich:

- Dasselbe Vermögen wird doppelt besteuert.
- Freibeträge gehen verloren.
- Ein Vermögenszuwachs, der zwischen Vor- und Nacherbfall eintritt, wird von der Erbschaftsteuer erfasst.

(1) Besteuerung des Vorerben

192 Der Vorerbe gilt nach § 6 Abs. 1 ErbStG als **Erbe**, er wird so besteuert, als wäre er ohne jede Beschränkung eingesetzt. Auf die zivilrechtliche Ausgestaltung der Stellung des Vorerben, insbesondere auf eine etwaige Befreiung oder Einsetzung (des Nacherben) auf den Überrest (§ 2136 f. BGB) kommt es nicht an. (Zumindest beim nicht befreiten Vorerben, dessen Rechtsposition wirtschaftlich der eines Nießbrauchers gleicht, ist dies ungerecht, verfassungsrechtlich bedenklich und rechtspolitisch verfehlt[3].) Der Vorerbe ist berechtigt, die Steuer aus den Mitteln der Vorerbschaft zu entrichten, so dass die Steuerlast im wirtschaftlichen Ergebnis vom Nacherben zu tragen ist (§ 20 Abs. 4 ErbStG, § 2126 BGB).

---

1 BFH v. 16.9.1982 – II R 20/81, BStBl. 1983 II, 44.
2 BFH v. 16.6.1999 – II R 57/96, BStBl. 1999 II, 789 = ZEV 2000, 35 m. Anm. *Jülicher*.
3 Hierzu *Gerken*, ZErb 2003, 72.

(2) Besteuerung des Nacherben

193 **Vor** Eintritt des **Nacherbfalls** tritt keine Steuerpflicht beim Nacherben ein. Stirbt der Nacherbe vor Eintritt des Nacherbfalls, geht sein Anwartschaftsrecht in der Regel nach § 2108 Abs. 2 BGB auf seine eigenen Erben über. Auch dies löst keine Erbschaftsteuerpflicht aus (§ 10 Abs. 4 ErbStG). Hieraus folgt, dass auch die Schenkung des Anwartschaftsrechts des Nacherben keinen steuerpflichtigen Erwerb begründet (§ 10 Abs. 4 i.V.m. § 1 Abs. 2 ErbStG). Veräußert der Nacherbe allerdings sein Anwartschaftsrecht, so unterliegt der Veräußerungspreis nach § 3 Abs. 2 Nr. 6 ErbStG der Steuerpflicht.

Kommt es zum **Eintritt des Nacherbfalls**, so ist steuerlich zu differenzieren, ob Nacherbfall der Tod des Vorerben (§ 6 Abs. 2 ErbStG) oder ein anderes Ereignis war (§ 6 Abs. 3 ErbStG).

(a) Nacherbfolge zu Lebzeiten des Vorerben

194 Tritt wie bspw. bei der **Wiederverheiratungsklausel** die Nacherbfolge nicht mit dem Tod des Vorerben ein, so wird steuerlich die Vorerbfolge als auflösend bedingter, die Nacherbfolge als aufschiebend bedingter Anfall behandelt. Der Vorerbe hat zunächst die volle Erbschaftsteuer zu entrichten, dem Nacherben ist aber die vom Vorerben entrichtete Steuer abzüglich desjenigen Steuerbetrags anzurechnen, der der tatsächlichen Bereicherung des Vorerben entspricht[1]. Die Steuer für den Nacherbfall entsteht nach § 9 Abs. 1 Nr. 1a ErbStG mit dem Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung. Anders als im Fall des Eintritts der Nacherbfolge durch den Tod des Vorerben gibt es kein Wahlrecht, der Besteuerung ist stets das Verhältnis des Nacherben zum Erblasser zugrunde zu legen.

(b) Nacherbfolge bei Tod des Vorerben

195 In diesem Fall gibt § 6 Abs. 2 Satz 2 ErbStG dem Nacherben das **Wahlrecht**, der Besteuerung sein eigenes Verhältnis zum Erblasser zugrunde zu legen[2].

Beispiel:

Der Vater setzt seinen älteren, kinderlosen Sohn zum Vorerben, seine jüngere Tochter zur Nacherbin ein. Nach § 6 Abs. 2 Satz 1 ErbStG ist der Erwerb der Tochter beim Tod ihres Bruders, der seinerseits den Vater beerbt hatte, nach Abzug eines Freibetrags von 20000 Euro nach Steuerklasse II zu besteuern. Diesem ungünstigen Ergebnis kann die Tochter entgehen, indem sie den Antrag nach § 6 Abs. 2 ErbStG stellt, dann bestimmen sich Steuerklasse und Freibetrag nach dem Verhältnis zum Erblasser, hier also zum Vater mit 400000 Euro Freibetrag und Steuerklasse I.

1 Berechnungsbeispiel bei *Kapp/Ebeling*, § 6 ErbStG Rz. 37.1.

2 Zu Gestaltungsmöglichkeiten bei beschränkter Steuerpflicht *Völkers/Weinmann/Jordan*, S. 318.

(c) Zusammentreffen von Erbfall und Nacherbschaft

196 Häufig erwirbt der Nacherbe zugleich auch Vermögen des Vorerben. Zivilrechtlich liegen **zwei getrennte Erbfälle** vor. Auch steuerrechtlich sind diese Erbfälle gesondert zu betrachten, wenn der Nacherbe den Antrag stellt, für das Nacherbe das Verhältnis zum Erblasser zugrunde zu legen. In diesem Fall gilt Folgendes:

- Jeder Vermögensanfall, sowohl der Erwerb eigenen Vermögens des Vorerben als auch der Erwerb des Nacherbes, wird hinsichtlich der **Steuerklasse** getrennt behandelt (§ 6 Abs. 2 Satz 3 ErbStG).
- Damit hieraus für den Nacherben **kein Progressionsvorteil** entsteht, ist die Steuer für jeden Vermögensteil nach dem Steuersatz zu erheben, der für den gesamten Erwerb gelten würde (§ 6 Abs. 2 Satz 5 ErbStG).
- Der Abzug des für das Vermögen des Vorerben zu gewährenden **Freibetrags** ist nur insoweit zulässig, als der Freibetrag für das der Nacherbfolge unterliegende Vermögen nicht verbraucht ist (§ 6 Abs. 4 Satz 2 ErbStG). Umgekehrt kann nach der Rechtsprechung des BFH jedoch der bei der Nacherbfolge nicht verbrauchte Teil des Freibetrages nicht auf den Erwerb des Eigenvermögens des Vorerben übertragen werden[1].

Beispiel:

Der Vater setzt seinen kinderlosen Sohn zum Vorerben ein (Steuerwert 100 000 Euro). Als dieser seinerseits verstirbt, hinterlässt er das ungeschmälerte Vorerbe sowie eigenes Vermögen im Steuerwert von 500 000 Euro. Seine Schwester wird sowohl seine Erbin als auch Nacherbin nach dem Vater.

Die Schwester stellt Antrag nach § 6 Abs. 2 Satz 2 ErbStG, so dass sie für den Erwerb des Nacherbes aufgrund ihres im Verhältnis zum Vater geltenden Freibetrages von 400 000 Euro keine Steuer entrichten muss. Den nicht verbrauchten Freibetragsanteil in Höhe von 300 000 Euro kann sie nicht für den Erwerb des Eigenvermögens des Vorerben in Ansatz bringen. Hier bleibt es bei dem zwischen Geschwistern geltenden Freibetrag von 20 000 Euro.

bb) Optimierung der Vor- und Nacherbschaft

197 Erbschaftsteuerlich besteht die Optimierung in erster Linie darin, **keine** Vor- und Nacherbschaft anzuordnen. Das wirtschaftliche Ziel, Versorgung des Vorerben mit den Erträgen des Vermögens des Erblassers, lässt sich gleichwertig und erbschaftsteuerrechtlich wesentlich günstiger dadurch erreichen, dass der Vorerbe Nießbrauchsberechtigter wird und der Nacherbe bereits als Vollerbe, belastet mit dem Nießbrauchsvermächtnis, eingesetzt wird[2].

Der eigentliche Zielkonflikt zwischen wirtschaftlichen und steuerlichen Zielen entsteht, wenn der Vorerbe anders als ein Nießbrauchsberechtigter nicht nur die Erträge des Nachlasses ziehen soll, sondern wenn ihm auch der **Zu-**

1 BFH v. 2.12.1998 – II R 43/97, BStBl. 1999 II, 235 = ZEV 1999, 237 m. Anm. *Ebeling*.
2 *Carlé*, ErbStB 2006, 257; *Heeg*, DStR 2007, 89; Beispiele bei *Moench/Albrecht*, Rz. 416; *Völkers/Weinmann/Jordan*, S. 319.

griff auf den Nachlass ermöglicht werden soll, wie es bei der Einsetzung des Nacherben auf den Überrest (§ 2137 BGB) der Fall ist. Hier nähert sich die Stellung des Vorerben der Stellung eines Vollerben an, dies ist bspw. die Lösung, die beim Berliner Testament zwischen Ehegatten gewählt wird. Für diese Fallkonstellation ist auf die Ausweichkonstruktionen zu verweisen, die die Kautelarjurisprudenz für das Berliner Testament diskutiert[1]. Alternativ bietet es sich auch an, den zu Begünstigenden nicht zum befreiten Vorerben, sondern zum Nießbrauchsberechtigten zu machen und seine Stellung zudem durch aufschiebend bedingte Vermächtnisse, bspw. für den Fall der Pflegebedürftigkeit, zu stärken.

c) Generationensprung

198 Häufig steht die nächste Generation bereits auf eigenen Füßen und benötigt das Erbe daher nicht oder zumindest nicht vollständig. In diesen Fällen bietet es sich an, dass im Testament zumindest teilweise bereits die **übernächste** Generation bedacht wird.

Fallgruppen:

- Großeltern setzen ihre Enkelkinder ein.
- Die Tante bzw. der Onkel setzt statt der eigenen Geschwister bereits die Neffen oder Nichten ein.

199 Die „**Zwischengeneration**" kann ggf. durch teilweise Erbeinsetzung oder Vermächtnisse, insbesondere ein Nießbrauchsvermächtnis, abgesichert werden. Welche Steuerspareffekte sich durch den Generationensprung erzielen lassen, zeigt folgendes **Beispiel**, bei dem der Einfachheit halber statische Vermögensverhältnisse unterstellt werden[2]:

Der Vater vererbt seinem Sohn 500 000 Euro. Bei seinem eigenen Tod hinterlässt dieser Sohn seinem eigenen Sohn diesen Betrag sowie weitere 750 000 Euro. Der Sohn versteuert nach Abzug seines Freibetrages von 400 000 Euro noch 100 000 Euro mit 11 % (Erbschaftsteuer 11 000 Euro). Der Enkelsohn erwirbt insgesamt 1 250 000 Euro von seinem Vater und versteuert nach Abzug des Freibetrags von 400 000 Euro 850 000 Euro mit 19 % (Erbschaftsteuer 161 500 Euro). Gesamtsteuerbelastung: 172 500 Euro.

Alternative: Der Großvater setzt den Enkelsohn direkt zum Erben ein. Der Enkelsohn zahlt nach Abzug des Freibetrags von 200 000 Euro auf 300 000 Euro 11 % (Erbschaftsteuer 33 000 Euro). Wenn der Enkelsohn später seinen eigenen Vater beerbt (Nachlass 750 000 Euro), sind nach Abzug des Freibetrages noch 350 000 Euro mit 15 % zu versteuern, so dass sich eine Erbschaftsteuer von 52 500 Euro ergibt. Gesamtsteuerbelastung: 85 500 Euro.

Durch den Generationensprung wurde in der Familie Erbschaftsteuer in Höhe von 87 000 Euro gespart.

---

1 Oben Rz. 185 ff.

2 Zudem wird unterstellt, dass die Steuerermäßigung des § 27 ErbStG keine Anwendung findet.

Das Beispiel zeigt die **Vorteile** des Generationensprungs:

- Ein Steuerfall wird vermieden.
- Die Steuerprogression mindert sich eventuell.
- Erträge, die die Zwischengeneration ansonsten bei sich anhäufen würde, können bei der Endgeneration erbschaftsteuerfrei angesammelt werden.

Zusammengefasst lässt sich der Merksatz bilden, dass sich der Generationensprung immer dann lohnt, wenn die Zwischengeneration bereits erhebliches eigenes Vermögen hat.

d) Vermächtnisregelungen

aa) Nießbrauchsvermächtnis

Die typische Beratungssituation für das Nießbrauchsvermächtnis ist die **Absicherung** des überlebenden Ehegatten. Der Nießbrauch bildet hier die steuerlich günstigere Alternative zur Vor- und Nacherbschaft oder zum Berliner Testament. Eine weitere Anwendungssituation ist der Fall des Generationensprungs, wenn bspw. aus steuerlichen Gründen die alleinstehende Schwester ihren Bruder als Erben übergeht und stattdessen die Neffen oder Nichten direkt einsetzt und dem Bruder ein Nießbrauchsvermächtnis einräumt. 200

➲ **Beratungshinweis:** Bezieht sich das Nießbrauchsvermächtnis auf den gesamten Nachlass, so muss überprüft werden, ob die Nießbrauchsbestellung an allen Nachlasswerten zulässig ist, diese Prüfung wird insbesondere bei Gesellschaftsbeteiligungen bisweilen versäumt[1].

Aus erbschaftsteuerlicher Sicht ergeben sich im Vergleich zum Berliner Testament oder zur Vor- und Nacherbschaft **drei wesentliche Vorteile**:

- Die Substanz des Nachlasses geht bereits auf die nächste Generation über und wird nicht zweimal besteuert.
- Die Freibeträge der Beteiligten können ausgeschöpft werden.
- Da mit der Erbschaftsteuerreform 2009 das Abzugsverbot des § 25 ErbStG gestrichen wurde, ist der zugunsten des Ehegatten angeordnete Nießbrauch bei der Ermittlung des steuerpflichtigen Erwerbs der Erben, i.d.R. also der Kinder, voll abzugsfähig.

Im Einzelnen:

(1) Besteuerung des Vermächtnisnehmers

Bei der **Zuwendung** eines Nießbrauchsvermächtnisses handelt es sich um einen erbschaftsteuerpflichtigen Erwerb nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG. Der steuerpflichtige Erwerb bemisst sich nach dem Kapitalwert des Nießbrauchs (§ 12 Abs. 1 ErbStG i.V.m. §§ 13 bis 16 BewG). Ausgangspunkt und **erster Schritt** 201

1 Vgl. §§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 1 HGB, § 719 Abs. 1 BGB.

der Berechnung ist die Ermittlung des durchschnittlichen Jahreswerts des Nießbrauchs (§ 15 BewG).

➲ **Beratungshinweis:** Häufig wird die Vorschrift des § 16 BewG übersehen, nach der der Jahreswert auf 1/18,6 des Steuerwerts des genutzten Wirtschaftsgutes beschränkt ist.

Beispiel:

A hinterlässt seinem Sohn als Erbe ein Haus mit einem Steuerwert von 1 Mio. Euro. Die jährlichen Mieteinnahmen belaufen sich auf 60 000 Euro. Zugunsten der Witwe (beim Erbfall 65 Jahre alt) ist ein Nießbrauchsvermächtnis ausgesetzt. Der Jahreswert nach §§ 15, 16 BewG beträgt nicht 60 000 Euro, sondern 53 763 Euro (1 Mio. Euro: 18,6).

Gestaltungshinweis: Diese Kappung lässt sich vermeiden, indem der Nießbrauch zugunsten der Ehefrau bereits zu deren Lebzeiten aufschiebend bedingt auf den Tod des Mannes bestellt wird. Im Erbfall hat der Sohn dann die Möglichkeit, die Nießbrauchslast bei der Ermittlung des gemeinen Werts des Grundstücks (ohne Kappung) abzuziehen (§ 10 Abs. 6 Satz 6 ErbStG).

202 In einem **zweiten Schritt** ist aus dem Jahreswert der Kapitalwert des Nießbrauchs mit einem Vervielfältiger abzuleiten (§ 14 BewG). Im Beispielsfall ergibt dies für eine 65-jährige Frau einen Vervielfältiger von 12,384, somit einen Kapitalwert des Nießbrauchsvermächtnisses von 665 801 Euro.

Für die Ermittlung des Jahreswerts, also des voraussichtlichen Ertrages des genutzten Wirtschaftsgutes, ist eine langfristige **Prognose** maßgebend (§ 15 Abs. 3 BewG). Ein auf Lebenszeit eingeräumtes Nießbrauchsrecht an einem Gesellschaftsanteil ist nicht bereits deshalb mit null zu bewerten, weil die Gesellschaft über mehrere Jahre hinweg keinen Gewinn erwirtschaftet hat[1]. Wegen der Begrenzung des Jahreswerts auf 1/18,6 des genutzten Wirtschaftsgutes ist bei der Vererbung ertragsstarker Immobilien oder Unternehmen ein Rentenvermächtnis zu erwägen, da für diesen Fall keine Begrenzung des Jahreswerts gilt[2]. Der Kapitalwert des Rentenvermächtnisses, den der Erbe von seinem steuerpflichtigen Erwerb abziehen kann, ist somit höher.

203 Der Nießbrauchserwerber hat die **Wahl**, ob er die Steuer in einem Betrag vom Kapitalwert entrichtet oder aber jährlich im Voraus vom Jahreswert des Nießbrauchs. In letzterem Fall wird die Steuer nach dem Steuersatz erhoben, der sich nach § 19 ErbStG für den gesamten Erwerb einschließlich des Kapitalwerts des Nießbrauchs ergibt (§ 23 Abs. 1 ErbStG). Der Erwerber hat auch das Recht, die Jahressteuer zum jeweils nächsten Fälligkeitstermin mit ihrem Kapitalwert abzulösen. Der Kapitalwert des Nießbrauchs im Zeitpunkt der Ablösung ist wiederum nach den Vorschriften des Bewertungsgesetzes zu ermitteln (§ 23 Abs. 2 ErbStG). Für die Wahl der Jahresbesteuerung und gegen eine

1 BFH v. 3.11.1976 – II R 65/67, BStBl. 1977 II, 397.
2 Zur Möglichkeit, die Begrenzung auf der Bewertungsebene durch Sachverständigengutachten zu umgehen, s. oben Rz. 158.

Ablösung spricht neben Liquiditätsgesichtspunkten in der Regel, dass (nach allerdings umstrittener Ansicht) die Erbschaftsteuerzahlungen nach § 23 ErbStG – anders als bei Sofortversteuerung – als dauernde Last nach § 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG die Einkommensteuer mindern[1]. Andererseits besteht das Risiko, dass bei deutlichem Übertreffen der statistischen Lebenserwartung der Gesamtbetrag der Jahressteuer über dem der Sofortsteuer liegt[2].

(2) Besteuerung des Nießbrauchsbelasteten

Nießbrauchsbelastet ist in der Regel der Erbe bzw. die Erbengemeinschaft, nießbrauchsbelastet kann aber auch ein Vermächtnisnehmer sein, an dessen Vermächtnisgegenstand als Untervermächtnis ein Nießbrauch bestellt wird. Der Nießbrauchsbelastete kann den Kapitalwert des Nießbrauchs nach § 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG als Nachlassverbindlichkeit abziehen. 204

Aus **einkommensteuerlicher Sicht** ist zu beachten, dass bei Gebäuden im Fall des Zuwendungsnießbrauchs weder der Nießbraucher (mangels Eigentum) noch der Eigentümer (mangels Einnahmen) AfA-berechtigt sind[3]. Eine weitere einkommensteuerliche Falle ist hingegen leicht zu umgehen: Nach § 1041 BGB trägt der Nießbraucher nur die laufenden Unterhaltskosten, zur Vornahme außergewöhnlicher Unterhaltungsmaßnahmen, bspw. einer kompletten Dachsanierung, ist er nicht verpflichtet. Trägt der Eigentümer solche Kosten, so kann dieser sie wiederum mangels Einnahmen nicht als Werbungskosten bei Einkünften aus Vermietung und Verpachtung absetzen. Um dieses steuerliche Vakuum zu füllen, sollte im Testament geregelt werden, dass der Nießbraucher auch die außergewöhnlichen Lasten zu tragen hat[4]. (Dabei ist natürlich darauf zu achten, dass dies für den Nießbraucher wirtschaftlich tragbar ist.)

bb) Rentenvermächtnis

Renten, Nutzungen und Leistungen werden im Erbschaftsteuerrecht grundsätzlich gleich behandelt. Es kann daher auf die Ausführungen zum **Nießbrauchsvermächtnis** weitgehend verwiesen werden. Lediglich bei der Ermittlung des Jahreswerts ergibt sich der Unterschied, dass die Begrenzung des § 16 BewG bei Renten keine Anwendung findet. Ist die Rente auf eine bestimmte Zeit beschränkt, also nicht auf die Lebenszeit des Rentenberechtigten ausgerichtet, so ergibt sich der Kapitalwert der Rente aus der Tabelle zu § 13 Abs. 1 BewG. 205

1 H 87 EStH 2006; *Schmidt/Drenseck*, § 12 EStG Rz. 52; *Troll/Gebel/Jülicher*, § 23 ErbStG Rz. 30 u. 42; den Abzug versagend FG Niedersachsen v. 12.6.2008 – 11 K 312/06 (nrkr.), hierzu *Fuhrmann*, ErbStB 2008, 244.

2 *Kirnberger/Werz*, ErbStB 2004, 307; *Korezkij*, ZEV 2001, 305; *Moench*, ZEV 2001, 303.

3 BMF-Schreiben v. 24.7.1998, Rz. 32 i.V.m. Rz. 18 ff., BStBl. 1998 I, 914, 2001 I, 171.

4 *Jülicher* (ZEV 2000, 183 f.) sieht allerdings die Gefahr, dass hierin eine zusätzliche, steuerpflichtige Zuwendung liegen könnte.

Einkommensteuerlich ist eine Rente, die der Erbe aufgrund eines Vermächtnisses an einen Dritten zahlt, kein Entgelt für den Erwerb des Nachlasses. Soweit es sich bei dem Nachlass um eine Einkunftsquelle handelt, sind die Rentenzahlungen daher nicht als Betriebsausgaben oder Werbungskosten abzugsfähig. Die Leistungen aufgrund einer Vermächtnisrente können beim Erben aber als Sonderausgaben abzugsfähig und beim Vermächtnisnehmer als sonstige Einkünfte im Sinne des § 22 Nr. 1a EStG steuerbar sein, sofern sie nicht unter das Abzugsverbot des § 12 Nr. 2 EStG fallen[1].

cc) Sachvermächtnis

206 Bei einem **Geldvermächtnis** ist nach § 12 BewG der Nennwert maßgebend. Dies gilt auch, wenn der Erblasser dem Vermächtnisnehmer den Erlös aus dem Verkauf eines Nachlassgrundstücks zugewandt hat[2]. Ebenso ist der Nennwert des Geldvermächtnisses anzusetzen, wenn mit diesem Geld nach dem Willen des Erblassers ein näher bezeichnetes Grundstück durch den Vermächtnisnehmer erworben werden soll[3]. Nach dem Korrespondenzprinzip kann der Erbe den an den Vermächtnisnehmer ausgezahlten Geldbetrag zum Nennwert als Nachlassverbindlichkeit nach § 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG abziehen.

Bezieht sich das Vermächtnis auf einen bestimmten Gegenstand des Nachlasses (Sachvermächtnis), dann ist es nach R 92 Abs. 2 ErbStR 2003 mit dem Steuerwert des Vermächtnisgegenstandes anzusetzen. Dies beruht auf der Überlegung, dass der Anspruch, einen Gegenstand zu erwerben, keinen höheren Wert haben kann als der Gegenstand selbst. Im Gegenzug kann der Erbe korrespondierend auch nur den Steuerwert des zu leistenden Wirtschaftsgutes als Nachlassverbindlichkeit bei der Berechnung seines steuerpflichtigen Erwerbs abziehen.

➲ **Beratungshinweis:** In einem obiter dictum hatte der BFH eine Änderung seiner Rechtsprechung in der Richtung erwogen, dass auch Sachvermächtnisse, insbesondere über Grundbesitz, künftig nicht mit dem Steuerwert, sondern mit dem Verkehrswert angesetzt werden[4]. Spätere Entscheidungen haben diese Rechtsprechungsänderung aber (noch?) nicht vollzogen[5]. Da seit der Erbschaftsteuerreform 2009 die steuerlichen Grundstückswerte an den gemeinen Wert zumindest angenähert sind, hat sich die Brisanz dieser Frage entschärft, es bleiben aber noch Unterschiede.

1 Näher *Schmidt/Heinicke*, § 10 EStG Rz. 65 (Erbschaft).
2 *Schuhmann*, UVR 1999, 430 (432).
3 BFH v. 25.10.1995 – II R 5/92, BStBl. 1996 II, 97.
4 BFH v. 2.7.2004 – II R 9/02, ZEV 2004, 474 m. Anm. *Crezelius*, s.a. *Daragan*, ZErb 2005, 40; *Geck*, ZEV 2006, 209; *Engler*, NJW 2006, 649.
5 BFH v. 28.3.2007 – II R 25/05, BStBl. 2005 II, 461 m. Anm. *Ebeling*, ZEV 2007, 344; BFH v. 9.4.2008 – II R 24/06, DStRE 2008, 881.

Beispiel:

Zum Nachlass gehört ein unbebautes Grundstück, welches nach dem Bodenrichtwertverfahren einen Steuerwert von 400 000 Euro hat. Wegen besonders sonniger Lage beträgt der Marktwert aber 480 000 Euro.

dd) Verschaffungsvermächtnis

Ein solches Vermächtnis ist auf einen Gegenstand gerichtet, der nicht zum Nachlass gehört (§§ 2169 Abs. 1, 2170 BGB). Da der Erbe Geld aufwenden muss, um die Vermächtnisverbindlichkeit zu erfüllen und er zugleich das im Nachlass vorhandene Geldvermögen nach dem Nominalwert versteuern muss, kann er nach zu Recht herrschender Auffassung den vollen Geldbetrag als **Vermächtnisverbindlichkeit** abziehen[1]. Umstritten war aber, ob der Vermächtnisnehmer den aufgewandten Geldbetrag versteuert oder den Steuerwert des angeschafften Gegenstandes. Dies hat der BFH dahingehend entschieden, dass der gemeine Wert des angeschafften Gegenstandes, also der aufgewandte Geldbetrag, anzusetzen ist[2]. 207

Richtet sich das Verschaffungsvermächtnis auf **Betriebsvermögen**, so kommt der Berechtigte nach Ansicht der Finanzverwaltung nicht in den Genuss der Vergünstigungen für Betriebsvermögen (§§ 13a, 19a ErbStG), da der Erblasser selbst nicht Inhaber des begünstigten Betriebsvermögens war (R 55 Abs. 4 Satz 3 ErbStR 2003). Diese Auffassung wurde vom BFH bestätigt[3].

ee) Kaufrechtsvermächtnis

Ein Kaufrechtsvermächtnis liegt vor, wenn der Erblasser dem Vermächtnisnehmer das Recht zuwendet, vom Erben den Abschluss eines Kaufvertrags über einen Nachlassgegenstand zu verlangen[4]. Sofern der Kaufpreis dabei dem Verkehrswert des Nachlassgegenstandes entspricht, liegt keine steuerpflichtige Bereicherung des Vermächtnisnehmers vor. Liegt der Kaufpreis hingegen unter dem Verkehrswert, so behandelt die Finanzverwaltung mit Billigung des BFH als steuerpflichtigen Erwerb des Vermächtnisnehmers die **Differenz** zwischen dem Verkehrswert und dem Kaufpreis[5]. Korrespondierend kann der Erbe diesen Betrag als Nachlassverbindlichkeit in Abzug bringen. Diese Berechnungsmethode ist für den Erben günstig, da er einerseits für den eigenen Erwerb des Nachlassgegenstandes den unter Umständen günstigeren Steuer- 208

1 *Meincke*, § 12 ErbStG Rz. 26 und § 3 ErbStG Rz. 42; *Daragan*, DStR 1998, 359.
2 BFH v. 28.3.2007 – II R 25/05, BStBl. 2007 II, 461.
3 BFH v. 14.2.2007 – II R 69/05, BStBl. 2007 II, 443; ebenso *Troll/Gebel/Jülicher*, § 13a ErbStG, Rz. 102; s.a. *Fischer*, ZEV 2008, 545.
4 Nach neuerer Auffassung der Finanzverwaltung fällt keine Grunderwerbsteuer an: FinMin Baden-Württemberg v. 23.6.2003, 3 S 4505/16, ZEV 2003, 325; s.a. *Moench*, Einführung. Rz. 46; *Halaczinsky*, ErbStB 2005, 100, 104.
5 BFH v. 6.6.2001 – II R 76/99, BStBl. 2001 II, 605; BFH v. 1.8.2001 – II R 47/00, BFH/NV 2002, 788.

wert zugrunde legen kann, andererseits bei der Berechnung der Nachlassverbindlichkeit der Verkehrswert abzüglich des Kaufpreises maßgebend ist.

Beispiel:

Vermächtnisnehmer V hat im Testament das Recht erhalten, vom Erben ein Einfamilienhaus des Nachlasses für 250000 Euro zur kaufen. Der Verkehrswert liegt bei 500000 Euro, der nach dem Sachwertverfahren ermittelte Steuerwert bei 460000 Euro.

Der der Versteuerung unterliegende Wert des Kaufrechtsvermächtnisses beträgt 500000 Euro abzüglich 250000 Euro Kaufpreis = 250000 Euro. Diesen Betrag kann der Erbe als Nachlassverbindlichkeit abziehen.

Bezieht sich das Kaufrechtsvermächtnis auf begünstigungsfähiges Unternehmensvermögen, so ist unklar, ob der Vermächtnisnehmer die Begünstigungen der §§ 13a, 19a ErbStG in Anspruch nehmen kann. Dies sollte bejaht werden, da der Begünstigte Letzterwerber des vom Erblasser herrührenden begünstigungsfähigen Vermögens ist[1].

e) Ausgleich der Steuerbelastung

209 Bei Unternehmen, Mietwohnimmobilien oder dem Familienheim kann von den Rechtsnachfolgern des Verstorbenen nur derjenige die Steuerprivilegien in Anspruch nehmen, der die betreffende Einheit aufgrund testamentarischer Anordnung oder im Zuge der Erbauseinandersetzung erhält. Dies führt zu starken Belastungsunterschieden. Oft wird der Testamentserrichter den Wunsch haben, solche Belastungen auszugleichen. Hierzu bietet sich ein nicht beziffertes Vermächtnis oder Vorausvermächtnis zugunsten des nicht begünstigten Miterben an.

III. Das Mandat nach dem Erbfall: Optimale Abwicklung

1. Steuerliche Pflichten der Beteiligten

210 Die steuerlichen Pflichten der Beteiligten im Erbfall lassen sich in einem **Dreiklang** zusammenfassen: anzeigen, erklären und zahlen. Im Brennpunkt steht dabei die Frage, wer zur Anzeige verpflichtet ist, denn die Verletzung dieser Pflicht kann als Steuerhinterziehung geahndet werden und bei Vertretern zudem zur steuerlichen Haftung nach § 69 AO führen. Dabei ist nicht nur an die Erbschaftsteuer zu denken, sondern auch an sonstige Steuerarten, vor allem wenn der Erblasser seine steuerlichen Pflichten nicht vollständig erfüllt hatte („Schwarzgeld").

1 Ebenso *Troll/Gebel/Jülicher*, § 13a ErbStG, Rz. 80; s.a. für den Fall eines Übernahmevermächtnisses zu § 13a ErbStG a.F. BFH v. 13.8.2008 – II R 7/07, BStBl. 2008 II, 982; hierzu *Fischer*, ZEV 2008, 553 und *Kirnberger*, ErbStB 2009, 15.

a) Erbschaftsteuerliche Pflichten

Während im Bereich der Schenkungsteuer ein erhebliches **Vollzugsdefizit** vermutet wird[1], stellt das umfangreiche System der gesetzlichen Anzeigepflichten im Bereich der Erbschaftsteuer weitgehend sicher, dass zumindest inländisches Vermögen lückenlos erfasst wird. Rechtsgrundlagen sind hierbei die §§ 30, 33, 34 ErbStG i.V.m. der ErbStDV[2]. 211

aa) Anzeigepflicht von Erwerbern und Schenkern

Den **Grundtatbestand** der Anzeigepflicht regelt § 30 Abs. 1 ErbStG: Jeder der Erbschaftsteuer unterliegende Erwerb ist vom Erwerber binnen einer Frist von drei Monaten nach erlangter Kenntnis vom Anfall dem für die Verwaltung der Erbschaftsteuer zuständigen Finanzamt anzuzeigen. Die Anzeige erfolgt formlos, ihren Soll-Inhalt regelt § 30 Abs. 4 ErbStG. Anzeigeverpflichtet ist jeder Erwerber, also nicht nur der Erbe, sondern auch bspw. der Vermächtnisnehmer, Auflagenbegünstigte oder Pflichtteilsempfänger[3]. Bei Schenkungen ist auch der Schenker anzeigepflichtig (§ 30 Abs. 2 ErbStG). 212

Ausnahmen von der Anzeigepflicht ergeben sich aus dem **Gesetzeszweck**. § 30 ErbStG soll die Finanzbehörden in die Lage versetzen, von Steuerfällen zu erfahren und die Steuerpflichtigen zur Erklärung aufzufordern. Daher muss der zu weit geratene Wortlaut der Vorschrift sinngerecht ausgelegt werden, damit nicht jedes Weihnachts- oder Geburtstagsgeschenk angezeigt werden muss. Nach einhelliger Ansicht entfällt die Anzeigepflicht daher dann, wenn zweifelsfrei feststeht, dass im konkreten Fall keine Steuer entstehen kann[4], insbesondere bei Eingreifen der Freibeträge. 213

Ferner bedarf es der Anzeige nicht, wenn das Finanzamt bereits aus **anderen Quellen** ausreichend unterrichtet ist[5]. Dies ist bei Schenkungen der Fall, die gerichtlich oder notariell beurkundet sind, da dann die Anzeigepflicht der jeweiligen Amtsperson nach § 34 ErbStG greift (§ 30 Abs. 3 Satz 2 ErbStG). Einen weiteren Teil dieser Fallgruppe regelt das Gesetz ausdrücklich in § 30 Abs. 3 Satz 1 ErbStG. Hiernach bedarf es keiner Anzeige, wenn der Erwerb auf einer von einem deutschen Gericht, einem deutschen Notar oder einem deutschen Konsul eröffneten Verfügung von Todes wegen beruht und sich aus der Verfügung das Verhältnis des Erwerbers zum Erblasser unzweifelhaft ergibt. In diesen Fällen erfährt das Finanzamt aufgrund der Anzeigepflicht der jeweils eingeschalteten Amtsperson (§ 34 ErbStG) vom Erbfall und von den Begünstigten, allerdings nicht automatisch vom Bestand des Nachlasses.

---

1 *Wachter*, MittBayNot 2000, 162 (196).
2 Hierzu *Jülicher*, ZErb 2001, 6; *Groß*, ErbStB 2004, 190.
3 Für den Pflichtteilsberechtigten beginnt die Anzeigepflicht mit der Geltendmachung des Pflichtteils.
4 BFH v. 11.6.1958 – II 56/57U, BStBl. 1958 III, 339; *Troll/Gebel/Jülicher*, § 30 ErbStG, Rz. 8; *Bernhard/Protzen*, ZEV 2001, 426.
5 BFH v. 30.10.1996 – II R 70/94, BStBl. 1997 II, 11; *Meincke*, § 30 ErbStG Rz. 4.

214 Die Erbschaftsteuerreform 2009 hat die Befreiung von der Anzeigepflicht bei amtlicher Testamentseröffnung daher stark eingeschränkt: Die Befreiung gilt nicht, wenn Folgendes zum Erwerb gehört

- Grundbesitz
- Betriebsvermögen
- Anteile an Kapitalgesellschaften, die nicht der Anzeigepflicht nach § 33 ErbStG unterliegen (Namensaktien)
- Auslandsvermögen.

Faktisch greift die Befreiung also nur noch bei Nachlässen, die ausschließlich aus beweglichem Vermögen bestehen, weil das Kapitalvermögen der Anzeigepflicht der Banken unterliegt.

Die Übersendung der monatlichen Totenliste von den Standesämtern genügt nach herrschender Meinung ohnehin nicht für ein Entfallen der Anzeigepflicht, da damit der Soll-Inhalt einer Anzeige nach § 30 Abs. 4 ErbStG nicht annähernd erreicht wird[1]. Die Anzeigepflicht entfällt jedoch, wenn die organisatorisch zuständige Stelle beim Finanzamt aus anderen Quellen hinreichend unterrichtet ist[2]. So ist bspw. ein Pflichtteilsberechtigter entlastet, wenn der Erbe den geltend gemachten Pflichtteil bei seiner Anzeige berücksichtigt hat[3]. Tritt im Nachhinein weiteres Nachlassvermögen zu Tage, so lässt dies die Anzeigepflicht des Erwerbers nicht neu aufleben[4].

Für die Praxis zu beachten ist die strenge Rechtsprechung, nach der nur die Kenntnis der **organisatorisch** für die Erbschaftsteuer zuständigen Stelle ausreicht, wobei selbst die Kenntnis der Schenkungsteuerstelle im selben Finanzamt nicht ausreichend sein soll[5].

215 Die **Anzeigefrist** für den Erwerber beträgt drei Monate ab Kenntnis vom Erwerb (§ 30 Abs. 1 ErbStG). Erforderlich für den Fristbeginn ist positive Kenntnis des vollen, durch den jeweiligen Erwerbsgrund ausgelösten Erwerbs. Bei unklaren Verhältnissen ist diese mitunter erst mit Abschluss des Erbscheinsverfahrens gegeben[6]. Bei der Schenkung beginnt die Frist nicht bereits mit Abgabe des Schenkungsversprechens, sondern mit Ausführung der Schenkung[7].

Das Unterlassen der Anzeige führt bei Vorliegen der sonstigen steuerstrafrechtlichen Voraussetzungen zur **Ahndung** wegen leichtfertiger Steuerverkürzung oder Steuerhinterziehung (§ 370 AO). Ein Verspätungszuschlag kann

1 *Troll/Gebel/Jülicher*, § 30 ErbStG Rz. 27; a.A. FG Hamburg v. 19.6.1990 – II 141/88, EFG 1991, 131 (aus anderen Gründen aufgehoben durch BFH v. 17.2.1993 – II R 83/90, BStBl. 1993 II, 580).
2 *Troll/Gebel/Jülicher*, § 30 ErbStG Rz. 9.
3 BFH v. 30.10.1996 – II R 70/94, BStBl. 1996 II, 11 = ZEV 1997, 38; s. auch BFH v. 5.5.1999 – II R 96/97, ZEV 1999, 409.
4 BFH v. 30.1.2002 – II R 52/99, ZEV 2002, 249.
5 BFH v. 7.12.2000 – II B 7/00, BFH/NV 2001, 575.
6 *Meincke*, § 30 ErbStG Rz. 5; *Troll/Gebel/Jülicher*, § 30 ErbStG Rz. 15.
7 *Troll/Gebel/Jülicher*, § 30 ErbStG Rz. 15.

hingegen nicht festgesetzt werden, da § 152 AO nur Steuererklärungen im Sinne des § 150 AO erfasst, nicht aber bloße Anzeigen.

bb) Anzeigepflichten sonstiger Stellen

Die Anzeigepflicht der Erwerber wird ergänzt durch die Anzeigepflicht **privater** Einrichtungen und **öffentlicher** Amtspersonen nach §§ 33, 34 ErbStG. 216

§ 33 ErbStG regelt die Anzeigepflicht von Vermögensverwahrern, Vermögensverwaltern und Versicherungsunternehmen. Anders als bei Anzeigen der Amtspersonen nach § 34 ErbStG kann durch diese Anzeigen nicht die Anzeigepflicht des Erwerbers entfallen, da das Finanzamt durch sie nur Kenntnis einzelner Vermögenswerte erhält[1].

Die Finanzverwaltung hat zu Einzelheiten ausführliche Anwendungsbestimmungen herausgegeben[2]. Anzeigepflichtig ist jeder, der **geschäftsmäßig** mit der Verwahrung und der Verwaltung fremden Vermögens befasst ist. Neben den Kreditinstituten sind dies auch Steuerberater, Rechtsanwälte und Notare für die auf Ander- oder Treuhandkonten angelegten Vermögenswerte, ferner bspw. auch die Treuhänder-Kommanditisten von Grundstücksvermögensgesellschaften beim Tod des Treugebers für die von ihnen verwalteten Anteile an einem geschlossenen Immobilienfonds[3].

Je nach Vertragsgestaltung können auch Vermögensverwaltungs- oder Vermögensbetreuungsgesellschaften anzeigepflichtig sein, wenn sie **selbstständig** agieren können und daher Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis über das Vermögen des Erblassers haben. Privatpersonen wie Angehörige oder Freunde, die lediglich aus Gefälligkeit Vermögen verwahrt oder verwaltet haben, sind nicht anzeigepflichtig[4]. Nach der Rechtsprechung bezieht sich die Anzeigepflicht der Vermögensverwahrer und -betreuer auch auf Vermögenswerte, die der Erblasser bei nicht selbstständigen Zweigstellen im Ausland hinterlassen hat[5]. 217

Anzeigepflichtig sind alle Vermögenswerte, die der Erblasser in den Gewahrsam des Vermögensverwahrers oder -verwalters gegeben hat. Es genügt eine **Mitberechtigung** des Erblassers am Vermögen, so dass auch Gemeinschafts- 218

1 *Troll/Gebel/Jülicher*, § 33 ErbStG Rz. 2.

2 Zur Anzeigepflicht bei Wertpapierdepots: BMF-Schreiben v. 18.8.1999, DStR 1999, 1814 = ZEV 1999, 434 = DB 1999, 2141; zur Anzeigepflicht insbesondere im Hinblick auf Konten und Depots im Ausland: FinMin Baden-Württemberg, Erlass v. 10.1.2000 – S 3844/20, DB 2000, 252 und FinMin Nordrhein-Westfalen, Erlass v. 20.12.1999 – S 3844-2-VA 2, DStR 2000, 878 sowie BMF-Schreiben v. 13.6.2000, DStR 2000, 1475 u. v. 21.3.2001, DB 2001, 1282; zur Anzeige von Zinsen und Stückzinsen s. BMF-Schreiben v. 24.2.2000, DB 2000, 748 und FinMin Hessen, Erlass v. 9.3.2000 – S 3844-A-9-II B 41, ZEV 2000, 149; zur Anzeigepflicht der Vermögensverwahrer und -verwalter: BMF-Schreiben v. 21.3.2001 – IV C 7 – S 3844-6/01, DB 2001, 1282; zur Anzeige bei Verträgen zugunsten Dritter: OFD Hannover v. 7.3.2003 – S 3844 – 45 – StO 241, ZEV 2003, 461.

3 FinMin Baden-Württemberg, Erlass v. 27.11.1998, ZEV 1999, 25.

4 *Troll/Gebel/Jülicher*, § 33 ErbStG, Rz. 3; *Meincke*, § 33 ErbStG Rz. 3.

5 BFH v. 31.5.2006 – II R 66/04, BStBl. 2007 II, 49; hierzu *Werkmüller*, ZEV 2007, 234.

konten meldepflichtig sind, ebenso Konten, die der Erblasser als Mitgesellschafter einer Personengesellschaft unterhalten hat[1]. Die Anzeigepflicht besteht auch, wenn der Vermögenswert aufgrund eines Vertrags zugunsten Dritter beim Tod übergehen soll[2]. Meldepflichtig sind nach § 33 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 ErbStG sogar Guthaben, über die der Erblasser bloße Verfügungsmacht hatte, z.B. aufgrund Vollmacht. Die Anzeigepflicht entfällt allerdings, wenn der Erblasser die Gläubigerschaft an einem Guthaben aufgegeben hatte, bspw. bei Sparbüchern, die auf den Namen eines Dritten, z.B. eines Enkelkindes, angelegt wurden[3].

Da die Finanzverwaltung verhindern möchte, dass Guthaben noch am Todestag unbemerkt entfernt werden, ist der Guthabensstand zum **Beginn** des Todestages zu melden, wenn der Buchungsschnitt zu diesem Zeitpunkt stattfindet; findet der Buchungsschnitt hingegen erst im Laufe des Todestages statt, so ist der Guthabensstand des Vortages zu melden[4].

219 § 1 Abs. 4 ErbStDV regelt **zwei Ausnahmen** von der Anzeigepflicht: Die Anzeige darf unterbleiben, wenn bekannt ist, dass der Erblasser über die Wirtschaftsgüter nur als gesetzlicher Vertreter, Betreuer, Liquidator, Verwalter oder Testamentsvollstrecker Verfügungsmacht hatte, ferner darf sie unterbleiben, wenn der Wert der anzuzeigenden Wirtschaftsgüter 2500 Euro nicht übersteigt.

Die Anzeige ist in der Regel **binnen eines Monats** nach Bekanntwerden des Todesfalls zu erstatten (§ 33 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG). Die Pflicht zur Anzeige entfällt erst, wenn der Todesfall mehr als 15 Jahre zurückliegt und damit auch die bei Steuerhinterziehung entsprechend verlängerte Festsetzungs-Verjährungsfrist abgelaufen ist[5].

220 **Versicherungsunternehmen** haben nach § 33 Abs. 3 ErbStG Anzeige zu erstatten, wenn sie ihre Leistungen an einen anderen als den Versicherungsnehmer auszahlen oder zur Verfügung stellen. Die Anzeigepflicht besteht auch für verbundene Lebensversicherungen von Eheleuten, obwohl die Versicherungssumme dabei an einen der Versicherungsnehmer ausgezahlt wird[6]. Die Verletzung der Anzeigepflicht der in § 33 genannten privaten Einrichtungen wird nach § 33 Abs. 4 ErbStG als Steuerordnungswidrigkeit geahndet[7]. Hinzu tritt die Haftung für Steuerausfälle nach § 20 Abs. 6 ErbStG.

Der Anzeigepflicht unterliegen auch **gesetzliche Vertreter**, **Vermögensverwalter** und **Verfügungsberechtigte** im Sinne der §§ 34, 35 AO, nicht jedoch Testamentsvollstrecker, Nachlassverwalter und Nachlasspfleger[8]. Das Finanzamt kann sie aber auffordern, eine Steuererklärung für den Erben abzugeben.

---

1 *Troll/Gebel/Jülicher*, § 33 ErbStG Rz. 11.
2 BMF-Schreiben v. 19.10.1987, DVR 1988, 152.
3 *Troll/Gebel/Jülicher*, § 33 ErbStG Rz. 12.
4 BMF-Schreiben v. 2.3.1989, DB 1989, 605.
5 *Troll/Gebel/Jülicher*, § 33 ErbStG Rz. 28.
6 H 89 ErbStH.
7 Näher *Troll/Gebel/Jülicher*, § 33 ErbStG Rz. 41.
8 *Troll/Gebel/Jülicher*, § 31 ErbStG Rz. 28.

Die Anzeigepflicht **öffentlicher Amtspersonen** (Gerichte, Notare, Standesämter, diplomatische Vertreter und Konsulen etc.) regelt § 34 ErbStG i.V.m. §§ 4 bis 10 ErbStDV.

cc) Erklärungspflicht

221 Eine **Steuererklärung** ist nur auf Anforderung abzugeben. Das Anforderungsrecht des Finanzamts regelt § 31 ErbStG. Die Anforderung steht im Ermessen des Finanzamtes, das Anfordern einer Steuererklärung ist nur dann ermessensfehlerhaft, wenn zweifelsfrei feststeht, dass für niemanden eine Steuerfestsetzung in Betracht kommt[1]. Nach § 31 Abs. 1 ErbStG kann das Finanzamt zunächst von jedem potenziell Steuerpflichtigen die Abgabe einer Steuererklärung verlangen, also bspw. vom Erben, vom Vermächtnisnehmer und vom Pflichtteilsberechtigten. Dabei ist jeder Beteiligte allerdings nur für seinen eigenen Erwerb erklärungspflichtig. Mehreren Beteiligten gibt § 31 Abs. 4 ErbStG die Möglichkeit, eine gemeinsame Erklärung abzugeben (vgl. H 87 ErbStH 2003). Ergänzend sieht § 31 Abs. 4 und 5 ErbStG vor, dass das Finanzamt eine Steuererklärung auch vom Testamentsvollstrecker, vom Nachlassverwalter oder vom Nachlasspfleger anfordern kann[2]. Dabei ist der Testamentsvollstrecker nur für den Erben, nicht aber für Vermächtnisnehmer oder sonstige am Nachlass Beteiligte erklärungspflichtig[3], es sei denn, die Testamentsvollstreckung bezieht sich auch auf die Wahrnehmung der Rechte des Vermächtnisnehmers[4]. Nach der Rechtsprechung ist die Erklärungspflicht des Testamentsvollstreckers nicht subsidiär, die Finanzverwaltung muss nicht versuchen, zunächst vom Erben eine Steuererklärung anzufordern, sondern kann direkt den Testamentsvollstrecker in Anspruch nehmen[5].

➲ **Beratungshinweis:** Die Kosten eines Fachmanns für die Erstellung der Steuererklärung sind nach § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG abzugsfähig, nicht allerdings die Kosten eines anschließenden Rechtsbehelfs- oder Gerichtsverfahrens[6].

dd) Einfluss auf die Verjährung

222 Die gesetzliche Regelung zur Verjährung der Erbschaftsteuer ist unübersichtlich und problembehaftet[7]. Die **Festsetzungsfrist**, also die Frist nach deren Ablauf die Steuer nicht mehr festgesetzt werden darf, beträgt vier Jahre, sie verlängert sich auf fünf Jahre bei leichtfertiger Steuerverkürzung und auf zehn Jahre bei Steuerhinterziehung (§ 169 AO)[8]. Zu beachten ist, dass der Frist-

1 *Troll/Gebel/Jülicher*, § 31 ErbStG Rz. 2.
2 Zur Abgabepflicht des Testamentsvollstreckers, *Tolksdorf/Simon*, ErbStB 2008, 336.
3 BFH v. 9.6.1999 – II B 101/98, BStBl. 1999 II, 529.
4 *Troll/Gebel/Jülicher*, § 31 ErbStG Rz. 26.
5 BFH v. 7.12.1999 – II B 79/99, BStBl. 2000 II, 233.
6 H 29 ErbStH 2003; BFH v. 20.6.2007 – II R 29/06, BStBl. 2007 II, 722.
7 Eingehend: *Jung*, UVR 1998, 143; *Stegmaier*, DStZ 1996, 83; *Theml*, DStR 1998, 1118; *Eich*, ErbStB 2004, 262.
8 Ausführlich *Troll/Gebel/Jülicher*, zu §§ 169 ff. AO.

beginn in vielen Fällen durch eine besondere Anlaufhemmung weit hinausgeschoben wird (§ 170 Abs. 5 AO). Hiernach beginnt die Festsetzungsfrist bei einem Erwerb von Todes wegen nicht vor Ablauf des Kalenderjahres, in dem der Erwerber Kenntnis von seinem Erwerb erlangt hat, jedoch bei Unterlassen der gebotenen Anzeige (§ 30 ErbStG) auch nicht vor Ablauf der in § 170 Abs. 2 Nr. 1 AO genannten Fristen. Bei einer Schenkung beginnt die Frist nicht vor Ablauf des Kalenderjahres, in dem der Schenker gestorben ist oder die Finanzbehörde von der vollzogenen Schenkung Kenntnis erlangt hat.

b) Anzeigepflicht nach § 153 Abs. 1 AO

223 Die Finanzverwaltung wertet die Informationen aus der Erbschaftbesteuerung in **Kontrollmitteilungen** (für Einkommensteuerzwecke) aus. Nach den gleich lautenden Ländererlassen vom 18.6.2003[1] versendet das Erbschaftsteuer-Finanzamt Kontrollmitteilungen an das Wohnsitzfinanzamt des Erblassers, wenn der Reinwert des Nachlasses mehr als 250000 Euro oder das zum Nachlass gehörende Kapitalvermögen mehr als 50000 Euro beträgt. Zudem wird das Wohnsitzfinanzamt eines einzelnen Erwerbers unterrichtet, wenn sein Brutto-Erwerb mehr als 250000 Euro (bei Kapitalvermögen mehr als 50000 Euro) beträgt. Für den Betroffenen und seinen Berater stellt sich daher die Frage, was zu tun ist, wenn Steuerverfehlungen des Erblassers bemerkt werden[2].

224 Ausgangspunkt ist § 153 AO[3]. Ein Steuerpflichtiger, der vor Ablauf der Festsetzungsfrist erkennt, dass eine von ihm oder für ihn abgegebene Erklärung unrichtig oder unvollständig ist und dass es dadurch zu einer Verkürzung von Steuern kommen kann oder bereits gekommen ist, ist verpflichtet, dies unverzüglich dem Finanzamt anzuzeigen und die erforderliche **Richtigstellung** vorzunehmen. Diese Verpflichtung trifft auch den Gesamtrechtsnachfolger eines Steuerpflichtigen und die nach den §§ 34 und 35 AO handelnden Personen, z.B. gesetzliche Vertreter, Geschäftsführer, Vermögensverwalter und Konkursverwalter. Gesamtrechtsnachfolge findet statt, wenn Vermögen kraft Gesetzes auf den Rechtsnachfolger übergeht, also bei Erbfolge, Nacherbfolge und Anwachsung von Gesellschaftsvermögen.

225 Der **Vermächtnisnehmer** wird von § 153 AO nicht erfasst. Gleichwohl kann ihn die Pflicht zur Nacherklärung treffen, wenn er als Vermächtnis ganz oder teilweise eine Kapital- oder Personengesellschaft erhalten hat und dort als neuer Geschäftsführer feststellt, dass betriebliche Steuern (Umsatzsteuer, Gewerbesteuer, Lohnsteuer, Körperschaftsteuer) hinterzogen wurden.

Im Regelfall trifft die Anzeigepflicht nach § 153 AO auch den **Testamentsvollstrecker**. Ausnahmen ergeben sich, wenn seine Testamentsvollstreckung beschränkt war, bspw. sich nur auf die Erfüllung eines Vermächtnisses bezog.

1 BStBl. 2003 I, 392.
2 Zu Anzeigepflichten beim Erbe von „Schwarzgeld" *Steiner*, ErbStB 2008, 152.
3 Überblick zu den Handlungspflichten des Erben bei *Eich*, ErbStB 2003, 160; *Halaczinsky*, DStR 2006, 828; *Stahl/Durst*, ZEV 2008, 467.

Eine Verletzung der Anzeigepflicht führt zur Haftung nach § 69 AO. Bevollmächtigte des Steuerpflichtigen wie Rechtsanwälte und Steuerberater sind von der Anzeigepflicht nach § 153 AO nicht erfasst, für sie gelten lediglich die allgemeinen Grundsätze über die Beihilfe zur Steuerhinterziehung. Insbesondere ist es dem Bevollmächtigten selbstverständlich verboten, wissentlich an der Abgabe einer falschen Steuererklärung mitzuwirken.

226 Die nach § 153 AO unverzüglich gebotene Anzeige ist auf **alle Steuern** zu erstrecken, für die keine Festsetzungsverjährung eingetreten ist. Erfüllt der Erbe diese Pflicht, droht ihm (selbstverständlich) kein Strafbarkeitsvorwurf. Hat er die Pflicht hingegen bereits versäumt oder selbst falsche Erklärungen abgegeben, ist der Mandant über die Möglichkeit einer strafbefreienden Selbstanzeige nach § 371 AO zu informieren. Bei mehreren Beteiligten ist zu prüfen, inwieweit eine solche Anzeige noch möglich ist, wenn ein anderer bereits Erklärungen gegenüber der Finanzverwaltung abgegeben hat.

c) Nachträgliche Anzeigepflichten[1]

aa) Anzeigepflichten bei Unternehmensvermögen

227 § 13a Abs. 6 ErbStG regelt **zwei Tatbestände**, bei denen der Erwerber verpflichtet ist, dem Finanzamt Anzeige zu machen:

- Innerhalb einer Frist von sechs Monaten nach Ablauf der Lohnsummenfrist (von sieben oder zehn Jahren) hat der Erwerber dem Finanzamt das Unterschreiten der maßgeblichen Lohnsummengrenze anzuzeigen.
- Bei einem Verstoß gegen die Behaltensregelungen des § 13a Abs. 5 ErbStG ist die Anzeige innerhalb von einem Monat nach Verwirklichung des Behaltensverstoßes zu machen.

Das Gesetz regelt ausdrücklich, dass die Anzeige auch dann zu erfolgen hat, wenn der Vorgang zu keiner Besteuerung führt.

Beispiel:

Erwerber E veräußert eine wesentliche Betriebsgrundlage, reinvestiert den Erlös aber i.S.v. § 13a Abs. 5 Satz 3 ErbStG. Dennoch besteht die Pflicht zur Anzeige beim Finanzamt, damit dieses prüfen kann, ob die Voraussetzungen der Reinvestitionsklausel des Gesetzes eingehalten sind.

➲ **Beratungshinweis:** Der bloße Verstoß gegen die Anzeigepflicht ist aber sanktionslos. Eine Sanktion wegen Steuerhinterziehung oder leichtfertiger Steuerverkürzung kommt nur in Betracht, wenn tatsächlich im Einzelfall eine Nachversteuerung durchzuführen gewesen wäre.

bb) Anzeigepflicht nach § 153 Abs. 2 AO

228 Nach § 153 Abs. 2 AO besteht die Pflicht zur Anzeige, wenn die Voraussetzungen für eine Steuerbefreiung, Steuerermäßigung oder sonstige Steuerver-

1 Hierzu *Mannek/Höne*, ZEV 2009, 329.

günstigung nachträglich ganz oder teilweise entfallen. Dies betrifft alle Fallgruppen, bei denen das Erbschaftsteuerrecht eine Behaltensfrist vorsieht, insbesondere die Steuerbefreiung für das Familienheim beim Erwerb von Todes wegen (§ 13 Abs. 1 Nr. 4b und c ErbStG). Allerdings umfasst § 153 Abs. 2 AO nur den Wegfall der Steuerbefreiung, der bloße Auszug aus dem Familienheim ist daher nicht anzeigepflichtig, wenn er aus zwingendem Grund erfolgt. Hätte der Gesetzgeber schon den bloßen Auszug anzeigepflichtig machen wollen, um dem Finanzamt die Prüfung der Stichhaltigkeit des Grundes zu ermöglichen, so hätte er dies im Gesetz ausdrücklich regeln müssen, wie es bspw. bei einem Behaltensverstoß in § 13a Abs. 6 ErbStG der Fall ist[1].

2. Möglichkeiten steuergünstiger Abwicklung

a) Bewertungsfragen und Ausübung steuerlicher Wahlrechte

229 Mit dem Mandanten ist zu prüfen, ob auf die **Bewertung** des Vermögens noch Einfluss genommen werden kann. Dies betrifft insbesondere die Frage, ob es sich lohnt, bei Grund- oder Unternehmensvermögen in ein Sachverständigengutachten zu investieren, um eine geringere steuerliche Bewertung durchzusetzen (Rz. 11 und 33 ff.).

➲ **Beratungshinweis:** Nicht immer ist diejenige Bewertung steuerlich die günstigste, die zum niedrigsten Unternehmenswert führt. Denn der gemeine Wert des Unternehmens ist nicht nur Bemessungsgrundlage für die Steuer, sondern auch Zielgröße für den zulässigen Anteil am Verwaltungsvermögen. Umso höher der Gesamtwert des Unternehmens, desto höher darf auch das Verwaltungsvermögen sein. Die Wahl eines niedrigen Werts für das Unternehmen kann im Einzelfall dazu führen, dass der Verwaltungsvermögenstest nicht bestanden wird und deshalb der 85 %-Verschonungsabschlag wegfällt!

Das Gesetz sieht in § 13 Abs. 3 ErbStG vor, dass der Steuerpflichtige auf die Vergünstigungen für Kulturgut, Baudenkmäler und gemeinnützigen Grundbesitz **verzichten** kann. Im Einzelfall ist zu berechnen, ob dies sinnvoll ist, bspw. um einen ungeminderten Schuldenabzug zu erreichen (§ 10 Abs. 6 ErbStG).

b) Ausschlagung

230 Mangelnde oder fehlerhafte Vorsorgeplanung kann zu erheblichen steuerlichen **Nachteilen** führen, sowohl bei der Erbschaftsteuer als auch bei der Einkommensteuer. In manchen Fällen lässt sich dies aber noch reparieren, indem der Erbe oder Vermächtnisnehmer (eventuell auch gegen Abfindung) ausschlägt[2].

---

1 A.A. *Manneck/Höne*, ZEV 2009, 329, 331.

2 *Flick*, DStR 2000, 1816; *Wachter*, ErbStB 2004, 256; zu einkommensteuerlichen Risiken *Tiedtke/Wälzholz*, ZEV 2002, 183 u. *Zimmermann*, ZEV 2001, 5.

Fallgruppen sind:

- **Berliner Testament:** Die Mutter schlägt gegen Abfindung aus, damit die bekannten erbschaftsteuerlichen Nachteile des Berliner Testaments vermieden werden, insbesondere damit die Kinder die Freibeträge im Verhältnis zum Vater ausnutzen können. Die Abfindung wiederum sorgt dafür, dass auch der Freibetrag der Mutter ausgeschöpft werden kann. Aus einkommensteuerlicher Sicht ist allerdings Vorsicht geboten, da die Finanzverwaltung die Ausschlagung gegen Abfindung einer entgeltlichen Veräußerung des Erbteils gleichstellen will, so dass die Versteuerung stiller Reserven droht, wenn es sich um steuerverstricktes Vermögen handelt[1].
- **Generationensprung:** Der alleinstehende Vater hat seinen einzigen Sohn zum Erben eingesetzt. Dessen Freibetrag ist durch Vorschenkungen bereits aufgebraucht. Der Sohn, der selbst vermögend ist, schlägt aus, damit seine eigenen Kinder als Ersatzerben zum Zug kommen (beachte Rz. 231).
- **Vor- und Nacherbschaft:** Der Vorerbe schlägt (gegen Abfindung) aus, wodurch der Nacherbe zum Vollerben wird (es sei denn, es ist ein Ersatzvorerbe benannt). Dies bietet sich vor allem an, wenn der Vorerbe ohnehin nicht befreit ist. In diesem Fall verschlechtert sich seine Position in wirtschaftlicher Hinsicht nicht, wenn er als „Abfindung" den Nießbrauch am Nachlass erhält.
- **Ausnutzen günstigerer Steuerklassen:** Ein Witwer hat einem von beiden Söhnen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge erhebliches Vermögen geschenkt (ohne Rückforderungsvorbehalte). Der beschenkte Sohn verstirbt vor seinem Vater, unverheiratet, kinderlos und ohne Testament. Gesetzliche Erben sind Vater und Bruder je zur Hälfte. Der Bruder (Steuerklasse II, Freibetrag 20 000 Euro) schlägt aus, damit der Vater (Steuerklasse I, Freibetrag 100 000 Euro) Alleinerbe wird.
- **Unfreiwillige Entnahme:** Der verstorbene Unternehmer hat testamentarisch vorgesehen, dass sein Sohn als Alleinerbe den Betrieb erhält, seine Tochter als Vermächtnis ein Betriebsgrundstück. Einkommensteuerlich führt dies zur Entnahme des Betriebsgrundstücks und damit zur Besteuerung der Differenz zwischen Verkehrs- und Buchwert[2]. Dem kann vorgebeugt werden, indem sich der Bruder mit seiner Schwester darauf einigt, dass diese das Vermächtnis gegen eine Abfindung ausschlägt.
- **Ende einer Betriebsaufspaltung:** Testamentarisch sieht der Unternehmer vor, dass sein Sohn den Betrieb (GmbH) erhält und seine Tochter das an die GmbH vermietete Betriebsgrundstück. Damit würde die Betriebsaufspaltung enden und es käme wiederum zur einkommensteuerrelevanten Gewinnrealisierung[3]. Auch dies können die Beteiligten verhindern, indem die Schwester das Erbe gegen Abfindung ausschlägt.

1 *Schmidt/Wacker*, § 16 EStG Rz. 591; *Zimmermann*, ZEV 2001, 5 (6).
2 *Schmidt/Wacker*, § 16 EStG Rz. 597; *Crezelius*, Rz. 61.
3 *Crezelius*, Rz. 417.

231 Hauptsächliches Problem ist der **Zeitdruck**. Eine Erbschaft kann nach § 1944 BGB in der Regel nur binnen sechs Wochen ausgeschlagen werden. Die Ausschlagungsfrist beginnt, wenn der Erbe von dem Anfall und dem Grund seiner Berufung Kenntnis erlangt hat, also regelmäßig mit der Testamentseröffnung. Die Ausschlagung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht, entweder zu dessen Niederschrift oder in öffentlich beglaubigter Form.

Günstiger ist die Rechtslage beim **Vermächtnis**. Dieses kann ohne Fristbestimmung ausgeschlagen werden, solange es nicht angenommen wurde. Allerdings ist zu beachten, dass die Annahme auch stillschweigend erfolgen kann. Die Ausschlagung des Vermächtnisses erfolgt gegenüber dem Erben.

Nach § 1947 BGB kann die Ausschlagung nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung vorgenommen werden. Es gibt also **keine Möglichkeit**, zugunsten eines bestimmten Dritten auszuschlagen. Vor der Ausschlagungserklärung muss vielmehr sorgfältig geprüft werden, wer Ersatzerbe oder Ersatzvermächtnisnehmer ist. (Eine Haftungsfalle ersten Ranges!)

232 Ausgenommen beim Ehegatten (§ 1371 Abs. 3 BGB) führt die Ausschlagung in der Regel dazu, dass der Ausschlagende auch keinen **Pflichtteil** hat (§§ 2305 und 2307 BGB). Häufig wird er zu einer steuerlich günstigen Ausschlagung aber nur bereit sein, wenn er einen entsprechenden Ausgleich erhält, meist ist dies sogar steuerlich erwünscht, damit auch bei ihm Freibeträge ausgeschöpft werden können. In diesem Fall können die Beteiligten in einem Erbausschlagungsvertrag eine Abfindung vereinbaren. Diese **Abfindung** wird erbschaftsteuerlich als Surrogat des ausgeschlagenen Erwerbs behandelt und nach § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG als Erwerb vom Erblasser besteuert. Der Erbe oder derjenige, dem die Ausschlagung zugute kommt, kann den von ihm gezahlten Abfindungsbetrag als Erwerbskosten (§ 10 Abs. 5 ErbStG) von dem ihm zufallenden Erwerb in Abzug bringen[1]. Das Erbschaftsteuerrecht folgt also der zivilrechtlichen Betrachtung und erkennt auch die steuerlich motivierte Ausschlagung ausdrücklich als wirksam an.

Umgekehrt ist das Erbschaftsteuerrecht aber großzügiger als das Zivilrecht, indem es **nichtige Testamente** anerkennt, wenn die Beteiligten diese vollziehen. Auch hierin liegt eine steuerliche Gestaltungsmöglichkeit, indem die Beteiligten ein steuerlich günstiges, aber unwirksames Testament in Vollzug setzen[2].

c) Zugewinnausgleich berechnen

233 Die Beendigung des Güterstandes der Zugewinngemeinschaft wurde als Instrument der vorweggenommenen Erbfolge bereits vorgestellt (Rz. 172 f.). Entscheidender Unterschied zur zivilrechtlichen Betrachtung ist, dass nach § 5 ErbStG auch im **Erbfall** nicht die pauschale Erhöhung des gesetzlichen Erbteils des überlebenden Ehegatten nach § 1371 Abs. 1 BGB steuerfrei bleibt,

1 Zur Ausschlagung gegen Abfindung als eventuell nach § 23 EStG steuerpflichtigem Veräußerungsgeschäft *Tiedtke/Wälzholz*, BB 2001, 234; *Zimmermann*, ZEV 2001, 5.
2 S. Rz. 241.

sondern dass die fiktive Ausgleichsforderung steuerfrei bleibt, die sich nach güterrechtlichen Grundsätzen ergibt.

➲ **Beratungssituation:** Erstversterben des Ehemannes bei einem gemeinsamen Kind (kein Testament, kein Versorgungsfreibetrag). Die Eheleute besitzen folgendes Vermögen zu Beginn bzw. am Todestag des Ehemanns:

Ehemann:	Anfangsvermögen	0	Euro
	Endvermögen	2,5 Mio.	Euro
Ehefrau:	Anfangsvermögen	0	Euro
	Endvermögen	0,5 Mio.	Euro

Zugewinnanspruch der Ehefrau:
1,0 Mio. Euro = ½ von (2,5 Mio. ./. 0,5 Mio. Euro)

Gesetzlicher Güterstand		**Gütertrennung**	
1. Alt.: Erbrechtliche Lösung			
Ehefrau:	¼, § 1931 Abs. 1 Satz 1 BGB ¼, § 1371 Abs. 1 BGB ½ = 1,25 Mio. Euro	Ehefrau:	§ 1931 Abs. 1 und 4 BGB ½ = 1,25 Mio. Euro
Kind:	½ = 1,25 Mio. Euro	Kind:	½ = 1,25 Mio. Euro

Berechnung der Erbschaftsteuer

Ehefrau:	1 250 000 Euro	Ehefrau:	1 250 000 Euro
./. Zugewinnausgleich	1 000 000 Euro	./. Freibetrag	500 000 Euro
./. Freibetrag	500 000 Euro	stpfl. Erwerb	750 000 Euro
stpfl. Erwerb	0 Euro	ErbSt 19 % =	142 500 Euro
Kind:	1 250 000 Euro	Kind:	1 250 000 Euro
./. Freibetrag	400 000 Euro	./. Freibetrag	400 000 Euro
stpfl. Erwerb	850 000 Euro	stpfl. Erwerb	1 850 000 Euro
ErbSt 19 % =	161 500 Euro	ErbSt 19 % =	161 500 Euro
Ges. Steuerlast	161 500 Euro	Ges. Steuerlast	304 000 Euro

2. Alt.: Güterrechtliche Lösung bei gesetzlichem Güterstand
(Ehefrau schlägt aus)[1]

Ehefrau:	
Zugewinn:	1 000 000 Euro
+ kleiner Pflichtteil: ⅛ von (2,5 Mio. ./. 1 Mio.) =	187 500 Euro
./. Freibetrag	500 000 Euro
./. Zugewinn	1 000 000 Euro
steuerpflichtiger Erwerb	0 Euro
Kind:	
Erbschaft	2 500 000 Euro
./. Zugewinn	1 000 000 Euro
	1 500 000 Euro
./. kleiner Pflichtteil	187 500 Euro
	1 312 500 Euro
./. Freibetrag	400 000 Euro
	912 500 Euro
Erbschaftsteuer 19 % =	173 375 Euro
Gesamte Erbschaftsteuerlast:	**173 375 Euro**

1 § 1371 Abs. 3 BGB.

Die güterrechtliche Lösung bringt erbschaftsteuerlich vorliegend also keinen Vorteil. Steuerlich vorteilhaft ist sie nur dann, wenn – wie dies auch noch nach der Erbschaftsteuerreform 2009 der Fall sein kann – **Steuerwert** und Verkehrswert des Nachlasses voneinander abweichen: Wenn nach dem Tod eines Ehegatten der Zugewinn tatsächlich nach § 1371 Abs. 2 BGB ausgeglichen wird (weil der überlebende Ehegatte nicht Erbe wird oder er die Erbschaft ausgeschlagen hat und nach § 1371 Abs. 3 BGB neben dem Pflichtteil Zugewinnausgleich verlangt), ist die güterrechtliche Ausgleichsforderung in vollem Umfang steuerfrei, ohne dass der Steuerfreibetrag nach dem Verhältnis von Steuerwert zu Verkehrswert des Nachlasses begrenzt wäre (R 12 Abs. 1 Satz 1 ErbStR 2003).

d) Geltendmachung des Pflichtteils

234 Unter der Voraussetzung, dass sich die Beteiligten einig sind, ermöglicht das Pflichtteilsrecht (§§ 2303 ff. BGB) eine Reihe steuergünstiger Gestaltungen. Dies beginnt mit der Möglichkeit, durch Geltendmachung des Pflichtteils **Freibeträge** auszuschöpfen, die ansonsten verloren gegangen wären, insbesondere beim Berliner Testament. Zudem kann der Zeitpunkt der Steuerentstehung für den Pflichtteilsberechtigten gestaltet werden, auch lassen sich Bewertungsvorteile nutzen.

Gestaltungshinweis: Pflichtteilsstrafklauseln sollten daher so formuliert werden, dass sie nur eingreifen, wenn der Pflichtteil **gegen** den Willen des überlebenden Ehegatten gefordert wird[1].

aa) Ausschöpfen von Freibeträgen

235 Der geltend gemachte Pflichtteilsanspruch ist vom Pflichtteilsberechtigten nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG als Erwerb von Todes wegen zu versteuern, beim Erben ist er als **Nachlassverbindlichkeit** abziehbar (§ 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG). Der Anspruch kann auch nur teilweise geltend gemacht werden, in diesem Fall entsteht die Steuer begrenzt auf die Höhe, in der der Anspruch geltend gemacht worden ist[2]. Auf diese Weise kann die Steuerbelastung innerhalb der Familie günstig gestaltet werden.

➲ **Beratungssituation:** Der Ehemann hinterlässt seiner Frau ein Vermögen mit einem Verkehrs- und Steuerwert von 4 000 000 Euro (Zugewinn ist nicht entstanden). Nach dem Berliner Testament der Ehegatten geht dieses Vermögen nach dem Tod der Frau je zur Hälfte auf die beiden Kinder über. Wenn zwischen den Todesfällen mehr als zehn Jahre liegen, kommt die Steuerermäßigung nach § 27 ErbStG für den mehrfachen Erwerb desselben Vermögens nicht zum Tragen.

1 S.a. *Muscheler*, ZEV 2001, 377.
2 BFH v. 18.7.1973 – II R 34/69, BStBl. 1973 II, 798 (800); *Meincke*, § 3 ErbStG Rz. 52; *Gebel*, ZEV 1999, 85 (88).

Erster Erbfall (Tod des Mannes):

Zufluss	4 000 000 Euro
./. persönl. Freibetrag	– 500 000 Euro
./. Versorgungsfreibetrag	– 256 000 Euro
steuerpflichtiger Erwerb	3 244 000 Euro
Steuersatz nach Steuerklasse I 19 % =	**616 360 Euro**

Zweiter Erbfall (Tod der Frau):

Es wird unterstellt, dass die Frau die Erbschaftsteuer beim ersten Erbfall aus eigenem Vermögen zahlen konnte und dass das Vermögen von 4 000 000 Euro ungeschmälert auf die beiden Kinder übergehen kann. Dann versteuert jedes Kind:

Zufluss	2 000 000 Euro
./. persönl. Freibetrag	– 400 000 Euro
steuerpflichtiger Erwerb	1 600 000 Euro
Steuersatz nach Steuerklasse I 19 % =	**304 000 Euro**

Insgesamt wird der Nachlass also mit Steuern von **1 224 360 Euro** belegt.

236 Wesentlich **günstiger** sieht die Rechnung für die Beteiligten aus, wenn die Kinder beim Tod des Mannes ihren Pflichtteil geltend machen. Haben die Eheleute im gesetzlichen Güterstand, dem Normalfall, gelebt, so hat jedes Kind einen Pflichtteilsanspruch in Höhe von 500 000 Euro (ein Achtel des Nachlasses).

Erster Erbfall (Tod des Mannes):

Erbschaftsteuerlast der Ehefrau

Nachlasswert	4 000 000 Euro
./. Pflichtteil Kind 1	– 500 000 Euro
./. Pflichtteil Kind 2	– 500 000 Euro
./. persönl. Freibetrag	– 500 000 Euro
./. Versorgungsfreibetrag	– 256 000 Euro
steuerpflichtiger Erwerb	2 244 000 Euro
Steuersatz nach Steuerklasse I 19 % =	**426 360 Euro**

Erbschaftsteuerlast der Kinder:

Zufluss	500 000 Euro
./. persönl. Freibetrag	– 400 000 Euro
steuerpflichtiger Erwerb	100 000 Euro
Steuersatz nach Steuerklasse I 11 % =	**11 000 Euro**

Zweiter Erbfall (Tod der Frau):

Nachdem die beiden Kinder aus dem Vermögen des Vaters durch ihren Pflichtteil bereits je 500 000 Euro erhalten haben, geht auf sie beim Tod der Mutter noch ein Vermögen von 3 Mio. Euro über, wiederum unter der Voraussetzung, dass die Mutter die Erbschaftsteuer aus eigenem Vermögen zahlen konnte. Somit versteuert jedes Kind:

Zufluss 1 500 000 Euro	
./. persönl. Freibetrag	– 400 000 Euro
steuerpflichtiger Erwerb	1 100 000 Euro
Steuersatz nach Steuerklasse I 19 % =	**209 000 Euro**

Belastungsvergleich:

Gesamtbelastung ohne Pflichtteil	1 224 360 Euro
Gesamtbelastung mit Pflichtteil	966 360 Euro

237 Um die **Liquidität** des Erben, beim Berliner Testament also des überlebenden Elternteils, zu schonen, kann der Pflichtteil entweder nur teilweise geltend gemacht werden oder aber er wird in vollem Umfang geltend gemacht und ganz oder teilweise gestundet. In Fällen der Stundung sollte zur steuerlichen Anerkennung aber Folgendes beachtet werden:

- Es sollte eine schriftliche Vereinbarung über die Geltendmachung und das Anerkenntnis des Pflichtteils getroffen werden.
- Es sollte eine angemessene Verzinsung vereinbart werden, da ansonsten in Höhe des Zinsvorteils eine Schenkung an den Pflichtteilsschuldner (Erben) vorliegt[1].
- Den Berechtigten sollte die Möglichkeit zur Kündigung der Stundungsabrede verbleiben.

Eine reine Stundung bis zum Tod des Verpflichteten führt hingegen nicht zum Erfolg, da nach der Rechtsprechung des BFH dann keine wirtschaftliche Belastung des Verpflichteten vorliegt, so dass der Abzug als Nachlassverbindlichkeit ausscheidet[2].

bb) Zeitliche Steuerung

238 Die Steuer entsteht für den Pflichtteilsberechtigten mit dem Zeitpunkt der **Geltendmachung** (§ 9 Abs. 1 Nr. 1b ErbStG), korrespondierend kann der Erbe die Pflichtteilslast ab diesem Zeitpunkt als Nachlassverbindlichkeit abziehen (§ 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG)[3]. Damit hat der Pflichtteilsberechtigte die Möglichkeit, die Steuerpflicht auf einen ihm günstigen Zeitpunkt zu verlegen. Liegt bspw. die letzte Schenkung des Erblassers an den Pflichtteilsberechtigten neun Jahre zurück, so kann er mit der Geltendmachung des Pflichtteils solange warten, bis die 10-Jahres-Frist des § 14 ErbStG verstrichen ist. Wenn der Erbe von der Berufung auf die Einrede der Verjährung absieht, kann der Anspruch auch noch nach Ablauf der dreijährigen Verjährungsfrist des § 2332 BGB mit steuerlich relevanter Wirkung geltend gemacht werden, denn innerhalb der Familie soll niemand gezwungen werden, sich auf Verjährung zu berufen[4]. (Macht der Pflichtteilsberechtigte umgekehrt seinen Pflichtteilsanspruch ganz oder teilweise nie geltend oder verzichtet er auf die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs, so liegt hierin keine steuerpflichtige Zuwendung an den Erben, wie sich ausdrücklich aus § 13 Abs. 1 Nr. 11 ErbStG ergibt.) Streitig ist allerdings, ob der Schlusserbe des Berliner Testaments den Pflichtteilsanspruch noch nach dem Tod des zweiten Ehegatten, also nach dem Schlusserbfall, geltend machen und erfüllen kann. Wegen der Fiktion des

1 *Moench*, DStR 1987, 139 (143).
2 BFH v. 27.6.2007 – II R 30/05, BStBl. II 2007, 651; hierzu *Berresheim*, ZErb 2007, 436.
3 Es genügt die Geltendmachung, der Zeitpunkt der Erfüllung interessiert nicht, BFH v. 30.4.2003 – II R 6/01, BFH/NV 2004, 341.
4 *Moench*, DStR 1987, 139 (144); *Meincke*, § 3 ErbStG Rz. 52; *Troll/Gebel/Jülicher*, § 10 ErbStG Rz. 183.

Fortbestehens erloschener Rechtsverhältnisse in § 10 Abs. 3 ErbStG ist dies zu bejahen[1].

cc) Bewertung des Pflichtteilsanspruchs

239 Da der Pflichtteilsanspruch ein Geldanspruch ist, wird er beim Pflichtteilsberechtigten mit dem geltend gemachten **Nominalbetrag** besteuert und beim Erben nach dem Korrespondenzprinzip mit demselben Betrag als Nachlassverbindlichkeit abgezogen (§ 12 Abs. 1 ErbStG i.V.m. § 12 BewG). Wurde der Pflichtteil geltend gemacht und wird an Erfüllungs statt ein Grundstück übertragen, so wird auch diese Leistung nach der Rechtsprechung des BFH mit dem Nennwert des Pflichtteilsanspruchs bewertet[2]. (Bei dieser Gestaltung besteht zudem das Problem, dass Grunderwerbsteuer anfällt.)[3] Bisweilen rechnet es sich familienintern, den Pflichtteilsberechtigten in den Genuss eines niedrigeren Steuerwerts, insbesondere bei einem Grundstück, kommen zu lassen, bspw. weil sein Freibetrag durch den Nominalbetrag des Pflichtteils deutlich überschritten ist und beim pflichtteilsbelasteten Erben die Freibeträge noch nicht ganz ausgeschöpft sind. Dies kann erreicht werden, indem der Pflichtteilsberechtigte seinen Pflichtteil nicht geltend macht und stattdessen ein Wirtschaftsgut mit einem niedrigeren Steuerwert, also insbesondere ein Grundstück, als Abfindung für den Verzicht auf den noch nicht geltend gemachten Pflichtteil erhält. Diese Abfindung wird nach § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG mit dem Steuerwert des übertragenen Abfindungsgegenstandes bemessen[4]. Auch nach der Erbschaftsteuerreform 2009 und der durch sie vorgeschriebenen Annäherung der Steuerwerte an den Verkehrswert kann sich dies noch rechnen.

➲ **Beratungshinweis:** In Fällen, in denen mit einer Einigung zwischen den Beteiligten zu rechnen ist, sollte daher mit der „Geltendmachung" des Pflichtteils gewartet werden, bis die steuerlichen Konsequenzen geklärt sind.

e) Gestaltungen bei Geldvermächtnissen

240 Ähnlich einem Pflichtteilsberechtigten (Rz. 239) kann der Vermächtnisnehmer zusammen mit dem Erben die Steuerlast dadurch gestalten, dass er sich als Abfindung für die Ausschlagung des Vermächtnisses ein Grundstück übereignen lässt (§ 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG). Diese Gestaltung bietet sich an, wenn der Vermächtnisnehmer in einer schlechteren Steuerklasse als der Erwerber ist[5]. Wird dem Vermächtnisnehmer hingegen das Grundstück an Erfüllungs

1 *Troll/Gebel/Jülicher*, § 3 ErbStG Rz. 232; *Meincke*, § 9 ErbStG, Rz. 33 je m.w.N.; *Muscheler*, ZEV 2001, 377, 383.
2 BFH v. 7.10.1998 – II R 52/96, BStBl. 1999 II, 23; hierzu *Daragan*, ZEV 1999, 35.
3 BFH v. 10.7.2002 – II R 11/01, BStBl. 2002 II, 775.
4 *Crezelius*, BB 2000, 2333; *Daragan*, ZEV 1999, 35; zum Verzicht auf den künftigen Pflichtteilsanspruch gegen Abfindung in einem Vertrag zwischen künftigen gesetzlichen Erben (§ 312 Abs. 2 BGB) BFH v. 25.1.2001 – II R 22/98, ZEV 2001, 163.
5 *Daragan*, DStR 1998, 357.

statt übertragen, so erfolgt die Bewertung nach dem Nominalbetrag des Geldvermächtnisses[1].

f) Erfüllung ungültiger letztwilliger Verfügungen

241 ➲ **Beratungssituation:** Gesetzlicher Erbe des A ist dessen Bruder B. Zu Lebzeiten hat A wiederholt mündlich seinen ernsthaften Wunsch erklärt, dass seine Lebensgefährtin L alles erben soll. Hieran möchte sich B halten, er fürchtet aber die Steuerfolgen, da der Nachlass einen Steuerwert von 2 Mio. Euro hat.

Unwirksame Verfügungen sind der Besteuerung zugrunde zu legen, wenn sich die Beteiligten daran halten, indem sie das **wirtschaftliche Ergebnis** des unwirksamen Rechtsgeschäfts eintreten lassen (§ 41 Abs. 1 Satz 1 AO)[2]. Es gibt also zwei **Voraussetzungen**:

(1) Die unwirksame Verfügung muss von den Beteiligten erfüllt werden.

(2) Nach den Umständen des Einzelfalls muss eine – wenn auch formunwirksame – Verfügung des Erblassers nachgewiesen sein, bspw. durch Vorlage eines Maschinen geschriebenen Testaments oder durch Zeugenaussagen.

Im zweiten Erfordernis liegt in der Praxis meist das **Problem**. Hier ergibt sich eine erhebliche Prognoseunsicherheit, zumal der Erwerber, der Vermögen nach dem Willen des Erblassers weiterleiten will, die Feststellungslast dafür trägt, dass die unwirksame Verfügung dennoch steuerlich beachtlich sein soll[3]. Im Beispielsfall hängt es von diesem Beweis ab, ob B den Nachlass steuerunschädlich übertragen kann. (L muss den Erwerb natürlich versteuern: Steuerklasse III, Freibetrag 20 000 Euro, Steuersatz 30 %, Erbschaftsteuer 594 000 Euro.) Gelingt der Beweis des Erblasserwillens nicht, so führt der Erwerb des B nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG zu einer Steuer von ebenfalls 59 400 Euro (Steuerklasse II, Freibetrag 20 000 Euro, Steuersatz 30 %), die Weitergabe an L wäre dann eine nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG wiederum steuerpflichtige Schenkung (Steuerlast wie oben 594 000 Euro).

➲ **Beratungshinweis:** In derartigen Zweifelsfällen sollte die Weitergabe nur unter der auflösenden Bedingung (§ 29 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) vereinbart werden, dass die Finanzverwaltung dies nicht als steuerpflichtigen Erwerb qualifiziert, alternativ kann zum Schutz des Zwischenerwerbers auch vereinbart werden, dass er einen Betrag in Höhe der von ihm in diesem Fall zu entrichtenden Steuer zurückfordern kann.

---

1 *Gebel*, ZEV 1999, 85 (88).

2 BFH v. 2.12.1969 – II 120/64, BStBl. 1970 II, 119; BFH v. 7.10.1981 – II R 16/80, BStBl. 1982 II, 28; BFH v. 15.3.2000 – II R 15/98, ZEV 2000, 335; BFH v. 28.3.2007 – II R 25/05; BStBl. 2007 II, 461; BFH v. 17.10.2007 – II R 8/07, BFH/NV 2008, 572; hierzu Überblicksaufsätze von *Kapp*, BB 1997, 997; *Moench*, ZErb 2000, 8; *Theysohn-Wadle*, ZEV 2002, 221.

3 *Troll/Gebel/Jülicher*, § 3 ErbStG Rz. 60.

g) Erlassantrag

Nach § 11 ErbStG ist für die Wertermittlung grundsätzlich der Zeitpunkt der Entstehung der Steuer maßgebend. Bei Erwerben von Todes wegen ist dies nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG in der Regel der Tag des Todes des Erblassers. Trotz fundierter Kritik in der Literatur[1] hält der BFH an diesem **Stichtagsprinzip** konsequent fest[2]. Dies führt insbesondere dann zu einer unbilligen Belastung des Erben, wenn sein Verfügungsrecht faktisch oder rechtlich eingeschränkt war, bspw. weil er über ein Wertpapierdepot erst nach Erteilung des Erbscheins oder nach Ablauf der Testamentsvollstreckung verfügen konnte. Ebenso sind erhebliche Härten denkbar, wenn der Erbe Kursverluste nicht „aussitzen" kann, sondern aus Gründen der Steuerzahlung gezwungen ist, Nachlassaktiva zu versilbern[3]. 242

In derartigen Fällen ist ein **Billigkeitserlass** nach §§ 163, 227 AO zu beantragen, wobei allerdings festzustellen ist, dass die Praxis der Finanzverwaltung und der Finanzgerichte außergewöhnlich restriktiv ist[4].

h) Gewinnrealisierung

Das Erbschaftsteuerrecht bewertet die erworbenen Wirtschaftsgüter ohne Rücksicht auf eine latente Einkommensteuerlast[5]. Um die hieraus resultierende Doppelbelastung zu mildern, hat sich die Erbschaftsteuerreform 2009 für eine begrenzte Anrechnung der Erbschaftsteuer auf die Einkommensteuer entschieden. Hierzu wurde der bis 1999 geltende § 35 EStG als § 35b EStG n.F. reaktiviert. 243

Die Anrechnung findet auf Antrag nur bei Einkünften statt, die im Veranlagungszeitraum oder in den vorangegangenen vier Veranlagungszeiträumen als Erwerb von Todes wegen der Erbschaftsteuer unterlegen haben[6]. (Eine Anrechnung von Schenkungsteuer ist also nicht möglich.)

➲ **Beratungshinweis:** Bis zum fünften Jahr nach dem Erbfall bietet es sich also an, ohnehin steuerpflichtige Gewinne (bspw. nach § 17 EStG) durch Veräußerung zu realisieren, um eine Anrechnung der gezahlten Erbschaftsteuer zu erhalten[7].

i) Stiftung

Entschließt sich der Erwerber, Vermögen, das er von Todes wegen oder durch Schenkung unter Lebenden erworben hat, innerhalb von 24 Monaten einer in- 244

1 *Kapp/Ebeling*, Vorbem. zu § 11 ErbStG m.w.N.
2 BFH v. 28.11.1990 – II S 10/90, BFH/NV 1991, 243; BFH v. 13.5.1998 – II R 98/97, BFH/NV 1998, 1376.
3 *Meincke*, § 11 ErbStG Rz. 6.
4 *Schuhmann*, UVR 2000, 450; *Moench/Weinmann*, § 11 ErbStG Rz. 7 und § 28 ErbStG, Rz. 22 je m.w.N.
5 *Troll/Gebel/Jülicher*, § 10 ErbStG, Rz. 139.
6 Hierzu *Seifried*, ZEV 2009, 285.
7 Speziell zur Abgeltungsteuer *Tolksdorf/Simon*, ErbStB 2009, 28.

ländischen Stiftung zuzuwenden, die gemeinnützig ist (ausgenommen Freizeitzwecke i.S.v. § 52 Abs. 2 Nr. 23 AO), so entfällt die angefallene Steuer rückwirkend (§ 29 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG).

Ausgeschlossen ist das rückwirkende Erlöschen der Erbschaft- oder Schenkungsteuer nach § 29 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 ErbStG in zwei Fällen:

- Inanspruchnahme des Spendenabzugs bei der Einkommensteuer oder
- Leistungen der Stiftung an den Stifter oder seinen nächsten Angehörigen (§ 58 Nr. 5 AO).

➲ **Beratungshinweis:** Somit ist zu prüfen, ob durch den rückwirkenden Entfall der Erbschaftsteuer nach § 29 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG oder durch den Sonderausgabenabzug nach § 10b ErbStG die größere Steuerersparnis erzielt werden kann.

IV. Internationales Erbschaftsteuerrecht

1. Systemüberblick

245 Jedes Land entscheidet **eigenständig**, ob und wie Vermögensübertragungen besteuert werden. Viele Staaten erheben eine Art von Erbschaft- und Schenkungsteuer, sei es als Besteuerung des Erwerbers (kontinentaleuropäisches System der Erbanfallsteuer), sei es als Besteuerung des gesamten Nachlasses (angelsächsisches System der Nachlasssteuer)[1]. In Staaten, in denen keine Erbschaftsteuer erhoben wird, findet sich als Äquivalent häufig eine Ertragsbesteuerung: Tod und Schenkung werden als Veräußerung des Vermögens behandelt und der „Veräußerungsgewinn" wird der Einkommensbesteuerung unterworfen, bspw. in Kanada der capital gains tax[2]. Schließlich gibt es noch Staaten, die als „kleine Lösung" zwar keine Erbschaft- oder Schenkungsteuer (mehr) erheben, aber die den unentgeltlichen Übergang von Vermögenswerten, meist Immobilien, mit Register- oder Grunderwerbsteuer belegen (bspw. Österreich oder Portugal).

Aufgrund seiner **Steuerhoheit** entscheidet jeder Staat auch allein, in welchen Fällen er seine Art der Erbschaft- und Schenkungsteuer erhebt. Meist geschieht dies ohne Rücksicht auf die entsprechenden Regeln anderer Staaten. Als Anknüpfungspunkte der persönlichen Steuerpflicht finden sich in der Regel die Ansässigkeit eines Beteiligten, also des Erblassers/Schenkers bzw. des Erben/Erwerbers, bisweilen auch seine Staatsangehörigkeit, ergänzend wird häufig auf den Lageort des übergehenden Vermögens abgestellt, insbesondere bei Grundbesitz.

246 Der Nachlassplaner muss in Fällen mit Auslandsberührung daher für **alle beteiligten Staaten** prüfen, ob und wie sie den Erbfall besteuern. Diese Prüfung

1 BFH v. 6.12.1989. II B 70/89, BFH/NV 1990, 643; Länderübersicht bei *Flick/Piltz*, Rz. 1644 ff.; *Nagel*, ZEV 1998, 463; *Troll/Gebel/Jülicher*, Anhang zu § 21 ErbStG.
2 *Wilde*, ZEV 1997, 488.

ergibt meist, dass im konkreten Fall ein Besteuerungsgefälle zwischen den einzelnen Ländern besteht. Auch wird sich nicht selten das Problem stellen, dass zumindest Teile des Vermögens in zwei oder drei Staaten besteuert würden.

Fallgruppen der **Doppelbesteuerung** sind insbesondere[1]:

- Erblasser (Schenker) und Erbe (Erwerber) wohnen in verschiedenen Staaten.
- Ein Beteiligter hat Wohnsitze in verschiedenen Staaten.
- Erblasser (Schenker) oder Erbe (Erwerber) haben nicht die Staatsangehörigkeit des Staates, in dem sie wohnen.
- Vermögen befindet sich in einem anderen Staat als dem, in dem Erblasser (Schenker) bzw. Erbe (Erwerber) ansässig sind.
- Der Vermögensübergang wird in einem Staat der Einkommensteuer, in einem anderen der Erbschaftsteuer unterworfen.

Für die internationale Nachlassplanung ergibt sich somit das vorrangige **Gestaltungsziel**, eine Doppelbesteuerung möglichst zu vermeiden. Daneben tritt das Bemühen, Vermögen der Besteuerung in dem Land mit der niedrigeren Steuerlast zu unterwerfen. 247

➲ **Beratungssituation:** Unternehmer U setzt sich zur Ruhe und zieht nach Spanien. Er überlegt, ob er den Erlös aus dem Verkauf seines Unternehmens bei der spanischen Tochter seiner Hausbank anlegen soll. Sein Sohn S denkt ebenfalls daran, nach Spanien zu ziehen, um dort die meiste Zeit des Jahres zu wohnen.

Aufgrund niedriger Freibeträge und hoher Steuersätze ist die spanische Erbschaftsteuer in der Regel deutlich höher als die deutsche. Vorrangiges **Gestaltungsziel** ist es daher, die Besteuerung in Spanien zu vermeiden. Dies ist größtenteils möglich, solange Sohn S in Spanien keinen gewöhnlichen Wohnsitz (residencia habitual) begründet, denn das spanische Erbschaftsteuerrecht stellt für die unbeschränkte Steuerpflicht allein auf die Ansässigkeit des Erwerbers ab[2]. Nichtansässige Erwerber unterliegen nur der beschränkten Steuerpflicht mit dem von ihnen erworbenen spanischen Inlandsvermögen, zu dem nach spanischem Recht allerdings nicht nur Grundbesitz, sondern auch Guthaben bei spanischen Banken oder Filialen ausländischer Banken zählen. Für U ergibt sich daraus der Rat, Vermögen möglichst in Deutschland zu lassen, während S darauf achten sollte, in Spanien keine residencia habitual zu begründen. Soll Letzteres aus vorrangigen persönlichen Gründen dennoch geschehen, so ist daran zu denken, vorher Vermögen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge auf S zu übertragen.

1 Anknüpfend an *Flick/Piltz*, Rz. 38.
2 *Flick/Piltz*, Rz. 1826.

2. Doppelbesteuerungsabkommen

248 Anders als im Ertragsteuerrecht, für das ein dichtes Netz von Doppelbesteuerungsabkommen existiert, ist das deutsche Erbschaftsteuersystem nur mit wenigen anderen Staaten koordiniert. **Abkommen** zur Vermeidung der Doppelbesteuerung existieren derzeit lediglich mit[1]: Dänemark[2], Griechenland[3], Schweden[4], der Schweiz[5] und den USA[6]. Ein weiteres Abkommen mit Frankreich ist am 3.4.2009 in Kraft getreten[7]. Das Abkommen mit Schweden wiederum hat für die Erbschaftsteuer keine Relevanz mehr, da Schweden diese Steuer 2005 abgeschafft hat.

Dabei ist die **Reichweite** der einzelnen Abkommen unterschiedlich. So sind die Abkommen mit Dänemark und Schweden sog. große Doppelbesteuerungsabkommen, die die Besteuerung bei Erbschaften und Schenkungen zusammen mit der Vermeidung der Doppelbesteuerung von Einkommen und Vermögen regeln. Demgegenüber erfasst das Abkommen mit der Schweiz nur Erwerbe von Todes wegen, nicht jedoch Schenkungen. Am anderen Ende der Skala steht das Abkommen mit Griechenland, das nur das beim Erbfall übergehende bewegliche Vermögen erfasst und die Besteuerung insoweit dem Wohnsitzstaat des Erblassers zuweist[8].

249 Ein Doppelbesteuerungsabkommen ist ein völkerrechtlicher Vertrag im Rahmen eines Bundesgesetzes (Art. 59 Abs. 2 GG). In seinem jeweiligen Anwendungsbereich hat das Abkommen als **Spezialgesetz** Vorrang vor dem innerstaatlichen Steuerrecht. Zur Vermeidung der Doppelbesteuerung stehen dabei zwei Methoden zur Wahl. Bei der **Freistellungsmethode**, der das am 1.1.2008 außer Kraft getretene Abkommen mit Österreich als einziges folgte[9], wird zunächst festgelegt, welcher Staat welches Vermögen besteuern darf, der andere Staat muss sich im Gegenzug der Besteuerung dieses Vermögens enthalten. Art. 5 DBA-Österreich wies das Besteuerungsrecht grundsätzlich dem Wohnsitzstaat zu, als Ausnahme hiervon wurde unbewegliches und betriebliches Vermögen ausschließlich im Belegenheitsstaat besteuert (Art. 3, 4 DBA-Österreich), wobei der Wohnsitzstaat dieses Vermögen aber zur Berechnung des Steuersatzes in die Bemessungsgrundlage einbeziehen durfte (Art. 7 DBA-Österreich).

Die geltenden Abkommen folgen alle der für den Steuerpflichtigen ungünstigeren **Anrechnungsmethode**. Jeder Staat besteuert das Vermögen ohne Rück-

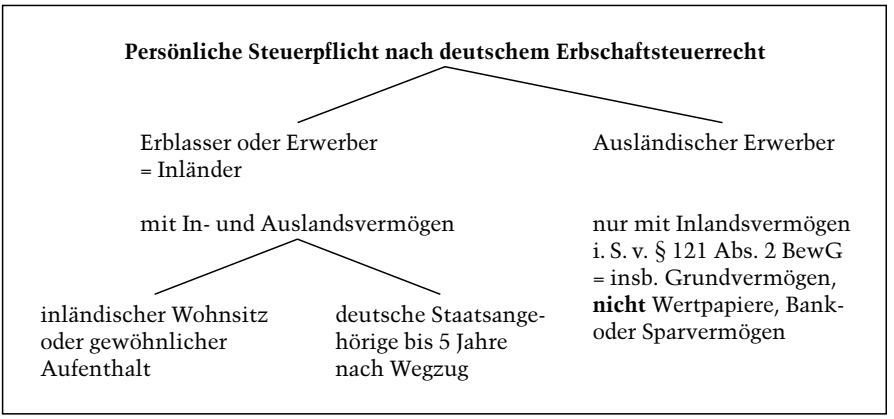
1 Übersicht in H 3 ErbStH 2003.
2 BGBl. 1996 II, 2565.
3 BGBl. 1953 II, 525.
4 BGBl. 1994 II, 686.
5 BGBl. 1980 II, 594.
6 BGBl. 1982 II, 846; 2001 II, 65.
7 BGBl. I 2007, 1402, hierzu *Gottschalk*, ZEV 2009, 185; *Jülicher*, IStR 2007, 85; *Kirnberger*, ErbStB 2008, 300; *von Oertzen/Schienke*, ZEV 2007, 406; *Schulz/Werz*, ErbStB 2007, 213.
8 Zu weiteren vereinzelten Sonderregelungen, insbesondere für Zuwendungen an gemeinnützige Organisationen s. *Flick/Piltz*, Rz. 1412.
9 BStBl. I 2007, 821; zu den Folgen der Kündigung *Fraberger/Petritz*, ZErb 2008, 146; *Gahleitner/Fugger*, ZEV 2008, 405.

sicht auf das Besteuerungsrecht des anderen, bei der Erhebung wird aber die im Ausland gezahlte Steuer angerechnet, sofern sie auf dortiges Vermögen entfällt. Im Ergebnis bewirkt dies eine Meistbesteuerung, die Besteuerung wird also auf das jeweils höhere Steuerniveau hinaufgeschraubt.

3. Grundzüge des deutschen Internationalen Erbschaftsteuerrechts

a) Persönliche Steuerpflicht

Existiert keine abweichende Regelung in einem Doppelbesteuerungsabkommen, so entscheidet über die Steuerpflicht das autonome Internationale Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht[1], welches in § 2 ErbStG[2] mit außerordentlich weitreichendem Anwendungsbereich geregelt ist. 250



Das Gesetz knüpft für die Erhebung der Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer an die **persönliche Steuerpflicht** an. Diese unterteilt sich in:

– die **unbeschränkte Steuerpflicht**, der der gesamte Erwerb des Steuerpflichtigen unterliegt,

und

– die **beschränkte Steuerpflicht**, die nur bestimmte Vermögensgegenstände erfasst.

Die Unterscheidung hat nicht nur wegen des Besteuerungsgegenstandes erhebliche **praktische Bedeutung**, bei beschränkter Steuerpflicht hat der Erwerber anstelle der persönlichen Freibeträge einheitlich nur einen Freibetrag von 2000 Euro, selbst wenn er zu den nächsten Angehörigen gehört (§ 16 Abs. 2 ErbStG)[3].

1 Der Begriff ist irreführend, da jedes Land sein eigenes Internationales Steuerrecht hat, nicht das Recht ist also international, sondern sein Anwendungsbereich erfasst Fälle mit internationalem oder besser zwischenstaatlichem Bezug.

2 Hierzu R 3 und 4 ErbStR 2003 und Checkliste bei *von Oertzen*, ZEV 1995, 167 (169).

3 Ob dies europarechtskonform ist, ist Gegenstand einer Vorlage zum EuGH, FG Düsseldorf v. 14.11.2008, 4 K 2226/08 Erb, ZEV 2009, 207 (Az. EUGH C – 510/08); s.a.

251 Die **unbeschränkte Steuerpflicht** knüpft bei natürlichen Personen[1] für die Erbschaftsteuer daran an, ob der Erblasser zum Zeitpunkt seines Todes oder der Erwerber zum Zeitpunkt der Entstehung der Steuer Inländer ist. Korrespondierend wird für die Schenkungsteuer darauf abgestellt, ob der Schenker im Zeitpunkt der Schenkung oder der Beschenkte im Zeitpunkt der Entstehung der Steuerschuld Inländer ist (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG). Es genügt, wenn die Inländereigenschaft auf einer Seite allein vorliegt. (Diese Anknüpfung auch an die Inländereigenschaft des Erwerbers ist international selten anzutreffen.)[2]

Inländer ist, wer in Deutschland seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat (§ 2 Abs. 1 Nr. 1a ErbStG). Die Begriffe „Wohnsitz" und „gewöhnlicher Aufenthalt" bestimmen sich nach §§ 8 und 9 AO.

Laien glauben oft, eine Besteuerung komme nur in Betracht, wenn sie im Inland eine bestimmte Mindestaufenthaltsdauer einhalten. Dies ist in der Regel falsch! Grundsätzlich spielt die Verweildauer nur beim **gewöhnlichen Aufenthalt** eine Rolle, da § 9 Satz 2 AO eine entsprechende Vermutungsregel bei einer Verweildauer von mehr als sechs Monaten vorsieht. Allerdings soll dies nur der Vermeidung von Auslegungsschwierigkeiten dienen, denn den gewöhnlichen Aufenthalt hat nach § 9 Satz 1 AO jemand dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend verweilt. Die Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts in Deutschland kommt daher auch bei einer Verweildauer von weniger als sechs Monaten in Betracht.

Noch wesentlich strenger ist das Kriterium des **Wohnsitzes** nach § 8 AO. Hiernach muss der Steuerpflichtige eine Wohnung unterhalten, ohne dass es erforderlich wäre, dass er sich während einer Mindestzahl von Tagen oder Wochen dort aufhält[3]. Komplettiert wird dieses System durch die **Wegzugsbesteuerung** des § 2 Abs. 1 Nr. 1b ErbStG (erweitert unbeschränkte Steuerpflicht), hiernach werden deutsche Staatsangehörige Inländern gleichgestellt, wenn sie sich nicht länger als fünf Jahre dauernd im Ausland aufgehalten haben[4]. (Die geltenden Doppelbesteuerungsabkommen enthalten ein § 2 Abs. 1 Nr. 1b ErbStG vergleichbares Nachbesteuerungsrecht des deutschen Fiskus[5].)

252 Unbeschränkt steuerpflichtig sind nach § 2 Abs. 1 Nr. 1c ErbStG ferner die sog. **Auslandsbediensteten** sowie deren Haushaltsangehörige. Dies betrifft Personen, die in Deutschland zwar weder Wohnsitz noch gewöhnlichen Aufenthalt haben, aber aufgrund eines Dienstverhältnisses zu einer deutschen ju-

---

BFH v. 21.9.2005 – II R 56/03, BStBl. 2005 II, 875 = ZEV 2006, 123 m. Anm. *Mössner*, S. 126.

1 Für Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen stellt § 2 Abs. 1 Nr. 1d ErbStG auf die Geschäftsleitung oder den Sitz im Inland ab.

2 Ähnlich aber Österreich (vor Abschaffung der Erbschaftsteuer) und Schweden, nur auf den Erben/Beschenkten stellt Spanien ab; vgl. *Flick/Piltz*, Rz. 1218.

3 BFH v. 19.3.1997 – I R 69/96, BStBl. 1997 II, 447, s. auch BFH v. 23.11.1988 – II R 139/87, BStBl. 1989 II, 182.

4 Gebilligt durch EuGH v. 23.2.2006 – C-513/03, ZErb 2006, 166.

5 Art. 27 DBA-Dänemark; Art. 27 DBA-Schweden; Art. 4 Abs. 4 DBA-Schweiz; Art. 4 Abs. 3 DBA-USA; Ziff. 2 des Protokolls zum DBA-Frankreich.

ristischen Person des öffentlichen Rechts von einer deutschen öffentlichen Kasse Arbeitslohn beziehen. Weitere Voraussetzung ist, dass im Wohnsitzstaat bzw. im Staat des gewöhnlichen Aufenthaltes der Nachlass bzw. Erwerb lediglich in einem Umfang zur dortigen Erbschaft- bzw. Nachlasssteuer herangezogen wird, der der beschränkten Steuerpflicht ähnelt.

Fazit: Deutsche Staatsangehörige müssen ihren Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt langfristig ins Ausland verlegen, wenn sie der deutschen Erbschaftsteuer entkommen möchten. Zudem müssen sie ihre Erben mitnehmen!

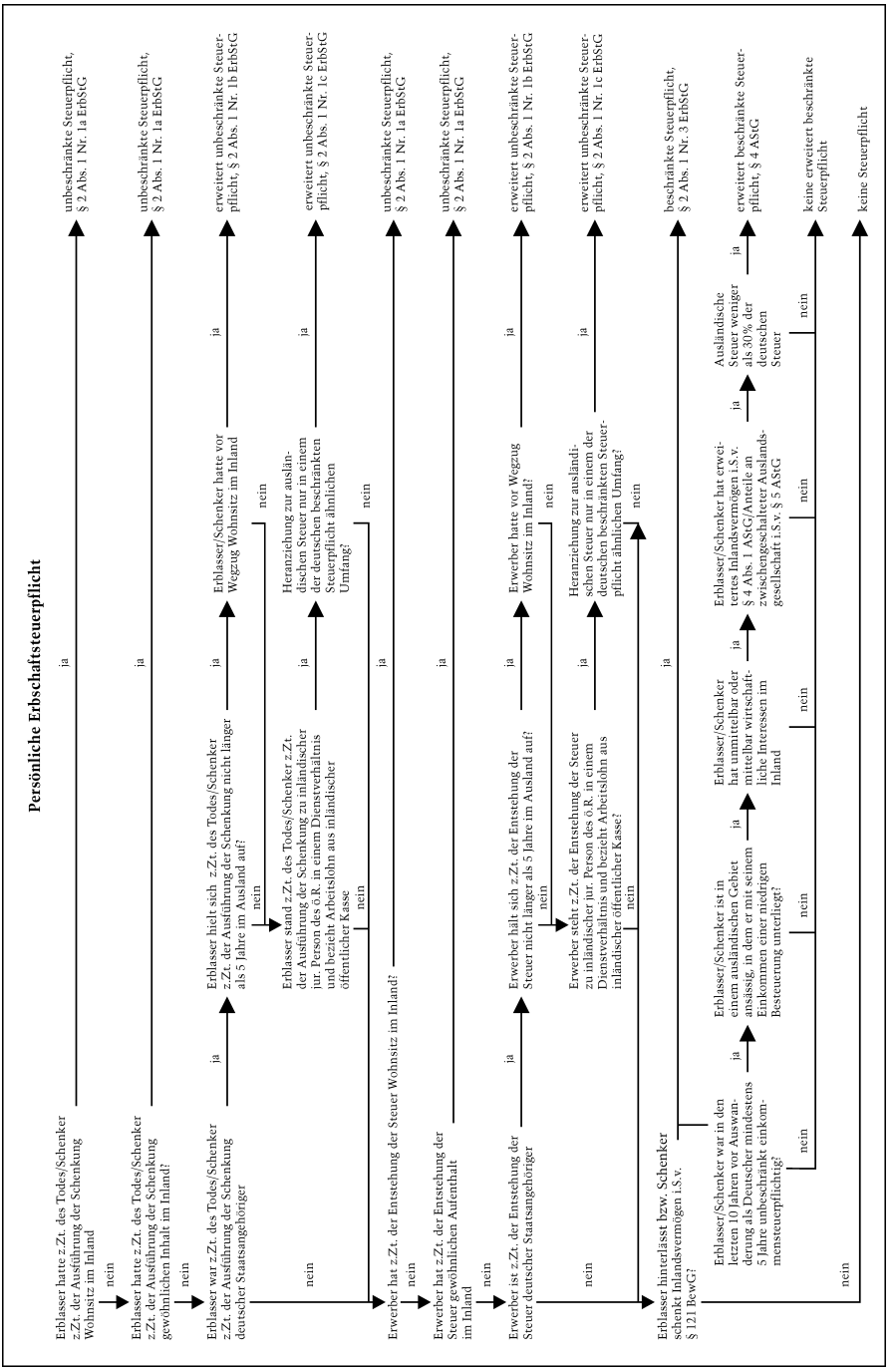
253 Aufgrund des weiten Anwendungsbereichs der unbeschränkten Steuerpflicht spielt die **beschränkte Steuerpflicht** nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG in der Beratungspraxis nur eine geringe Rolle. Die beschränkte Steuerpflicht knüpft an das Inlandsvermögen im Sinne des § 121 BewG an. Inlandsvermögen im Sinne der beschränkten Steuerpflicht ist somit nicht jeder im Inland belegene Vermögensgegenstand, die Steuerpflicht betrifft nur die in § 121 BewG aufgeführten Vermögensgegenstände, insbesondere inländisches Grundvermögen und inländisches Betriebsvermögen, ferner zählen hierzu Beteiligungen an inländischen Kapitalgesellschaften von mindestens 10 %. Nicht erfasst werden hingegen bspw. Bank- oder Sparguthaben bei deutschen Kreditinstituten sowie Wertpapierdepots in Deutschland.

Die beschränkte Steuerpflicht lässt sich verhältnismäßig einfach **vermeiden**, indem anstelle von Inlandsvermögen Bargeld geschenkt wird und der Erwerber dann damit das zur Übertragung anstehende Inlandsvermögen kauft. Im Erbfall lässt sich die Steuerpflicht umgehen, indem das Inlandsvermögen einer Vertrauensperson mit der Verpflichtung zugewandt wird, dieses in Geldvermögen umzuwandeln und an den vorgesehenen Erwerber weiterzureichen. Anteile an inländischen Kapitalgesellschaften schließlich können in eine ausländische Gesellschaft eingelegt werden und zählen dann nicht mehr zum Inlandsvermögen.

Für den Fall des Wohnsitzwechsels in **niedrig besteuerte Gebiete** kennt das Außensteuergesetz noch die erweiterte beschränkte Steuerpflicht (§ 4 AStG). Diese ergreift für die Zeit von zehn Jahren seit der Verlegung des Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts in das niedrig besteuerte Gebiet das sog. erweiterte Inlandsvermögen, zu dem auch Spar- und Bankguthaben, Aktien und sonstige Anteile an inländischen Kapitalgesellschaften zählen. Um Umgehungshandlungen zu erschweren, wird nach § 5 AStG auch das sog. erweiterte Inlandsvermögen von zwischengeschalteten Auslandsgesellschaften wie eigenes Vermögen des Erblassers bzw. Schenkers behandelt, wenn bei erweitert beschränkter Einkommensteuerpflicht der Erblasser bzw. Schenker seine wesentlichen wirtschaftlichen Inlandsinteressen nicht unmittelbar, sondern mittelbar über eine zwischengeschaltete Auslandsgesellschaft hält.

254 Zusammenfassend lässt sich die Regelung der **persönlichen Steuerpflicht** in einem Ablaufdiagramm darstellen[1]:

1 Entwickelt von *Noll*, DStZ 1995, 713 (715).


Persönliche Erbschaftsteuerpflicht
Erblasser hatte z.Zt. des Todes/Schenker z.Zt. der Ausführung der Schenkung Wohnsitz im Inland
ja
unbeschränkte Steuerpflicht, § 2 Abs. 1 Nr. 1a ErbStG
nein
Erblasser hatte z.Zt. des Todes/Schenker z.Zt. der Ausführung der Schenkung gewöhnlichen Inhalt im Inland?
ja
unbeschränkte Steuerpflicht, § 2 Abs. 1 Nr. 1a ErbStG
nein
Erblasser war z.Zt. des Todes/Schenker z.Zt. der Ausführung der Schenkung deutscher Staatsangehöriger
ja
Erblasser hielt sich z.Zt. des Todes/Schenker z.Zt. der Ausführung der Schenkung nicht länger als 5 Jahre im Ausland auf?
ja
Erblasser/Schenker hatte vor Wegzug Wohnsitz im Inland
ja
erweitert unbeschränkte Steuerpflicht, § 2 Abs. 1 Nr. 1b ErbStG
nein
Heranziehung zur ausländischen Steuer nur in einem der deutschen beschränkten Steuerpflicht ähnlichen Umfang?
ja
erweitert unbeschränkte Steuerpflicht, § 2 Abs. 1 Nr. 1c ErbStG
nein
Erblasser stand z.Zt. des Todes/Schenker z.Zt. der Ausführung der Schenkung zu inländischer jur. Person des ö.R. in einem Dienstverhältnis und bezieht Arbeitslohn aus inländischer öffentlicher Kasse
nein
Erwerber hat z.Zt. der Entstehung der Steuer Wohnsitz im Inland?
ja
unbeschränkte Steuerpflicht, § 2 Abs. 1 Nr. 1a ErbStG
nein
Erwerber hat z.Zt. der Entstehung der Steuer gewöhnlichen Aufenthalt im Inland
ja
unbeschränkte Steuerpflicht, § 2 Abs. 1 Nr. 1a ErbStG
nein
Erwerber ist z.Zt. der Entstehung der Steuer deutscher Staatsangehöriger
ja
Erwerber hält sich z.Zt. der Entstehung der Steuer nicht länger als 5 Jahre im Ausland auf?
ja
Erwerber hatte vor Wegzug Wohnsitz im Inland?
ja
erweitert unbeschränkte Steuerpflicht, § 2 Abs. 1 Nr. 1b ErbStG
nein
Heranziehung zur ausländischen Steuer nur in einem der deutschen beschränkten Steuerpflicht ähnlichen Umfang?
ja
erweitert unbeschränkte Steuerpflicht, § 2 Abs. 1 Nr. 1c ErbStG
nein
Erwerber steht z.Zt. der Entstehung der Steuer zu inländischer jur. Person des ö.R. in einem Dienstverhältnis und bezieht Arbeitslohn aus inländischer öffentlicher Kasse?
nein
Erblasser hinterlässt bzw. Schenker schenkt Inlandsvermögen i.S.v. § 121 BewG?
ja
beschränkte Steuerpflicht, § 2 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG
nein
Erblasser/Schenker war in den letzten 10 Jahren vor Auswanderung als Deutscher mindestens 5 Jahre unbeschränkt einkommensteuerpflichtig?
ja
Erblasser/Schenker ist in einem ausländischen Gebiet ansässig, in dem er mit seinem Einkommen einer niedrigen Besteuerung unterliegt?
ja
Erblasser/Schenker hat unmittelbar oder mittelbar wirtschaftliche Interessen im Inland
ja
Erblasser/Schenker hat erweitertes Inlandsvermögen i.S.v. § 4 Abs. 1 AStG/Anteile an zwischengeschalteter Auslandsgesellschaft i.S.v. § 5 AStG
ja
Ausländische Steuer weniger als 30% der deutschen Steuer
ja
erweitert beschränkte Steuerpflicht, § 4 AStG
nein
keine erweitert beschränkte Steuerpflicht
nein
nein
nein
nein
keine Steuerpflicht

b) Vermeidung von Doppelbesteuerung nach § 21 ErbStG

Ähnlich der in Doppelbesteuerungsabkommen vorgesehenen Anrechnungsmethode sieht § 21 ErbStG auch außerhalb des Anwendungsbereichs der Doppelbesteuerungsabkommen vor, dass im Ausland gezahlte Steuer auf die deutsche Erbschaftsteuer angerechnet werden kann. Dies bewirkt, dass ein niedriges ausländisches Steuerniveau auf das deutsche Niveau angehoben wird, während umgekehrt ein höheres ausländisches Steuerniveau nicht abgesenkt wird, da es keinen Erstattungsanspruch gibt. Das Vermögen wird also mit dem jeweils höheren Steuerniveau belastet, wobei diese **Meistbesteuerung** noch der günstigste Fall ist, da die Anrechnung nicht in allen Fällen der Doppelbesteuerung greift. Denn die Voraussetzungen für die Anrechnung der im Ausland gezahlten Steuern sind eng, es müssen folgende Merkmale erfüllt sein: 255

- Die ausländische Steuer muss der deutschen Erbschaftsteuer **entsprechen**. Dies ist auch dann der Fall, wenn die ausländische Steuer nicht wie in Deutschland als Erbanfallsteuer, sondern als Nachlasssteuer gestaltet ist. Ausländische Einkommensteuern, die wie die kanadische capital gains tax den Todesfall als fiktive Gewinnrealisierung ansehen, fallen jedoch nicht unter die Anrechnungsmöglichkeit[1]. Auch darf die ausländische Steuer frühestens fünf Jahre vor der deutschen Erbschaftsteuer entstanden sein (§ 21 Abs. 1 Satz 4 ErbStG).
- Eine Anrechnung ist erst möglich, wenn die ausländische Erbschaftsteuer **festgesetzt** und **bezahlt** wurde (§ 21 Abs. 3 ErbStG). Liegt diese Voraussetzung noch nicht vor, bspw. weil im Ausland Rechtsmittel eingelegt wurden, so muss entweder die Aussetzung der deutschen Besteuerung bis zur endgültigen Entrichtung des Steuerbetrages im Ausland beantragt werden oder es ist gegen die Festsetzung der deutschen Steuer Einspruch einzulegen und das Ruhen des Verfahrens bis zur Beendigung des Schwebezustandes im Ausland zu beantragen.
- Anrechenbar ist nur die Steuer, die auf **Auslandsvermögen** im Sinne von § 21 Abs. 2 ErbStG entfällt. Hierzu knüpft das deutsche Erbschaftsteuerrecht an die Regelung des Inlandsvermögens in § 121 BewG an, indem es spiegelbildlich vorsieht, dass bspw. ein ausländisches Grundstück Auslandsvermögen ist.
- Weitere Anrechnungsvoraussetzung ist, dass der Erwerb, für den im Ausland Steuer festgesetzt wurde, auch der **inländischen** Besteuerung unterliegt.

Beispiel:

Ein Erblasser mit letztem Wohnsitz in Deutschland hinterlässt Bankguthaben in Spanien. Deutschland besteuert dieses aufgrund unbeschränkter Steuerpflicht, ebenso der spanische Fiskus weil er jegliches Inlandsvermögen der be-

1 BFH v. 26.4.1995 – II R 13/92, BStBl. 1995 II, 540; s. auch FG Rheinland-Pfalz v. 16.9.1999 – 4 K 2557/98, ZEV 1999, 504 (Berücksichtigung der Steuerübernahme durch den Beschenkten als Gegenleistung).

schränkten Steuerpflicht unterwirft. Eine Anrechnung der spanischen Steuer auf die deutsche scheitert jedoch daran, dass die Guthaben kein Auslandsvermögen im Sinne von § 21 Abs. 2 Nr. 1 ErbStG sind[1].

– Schließlich kann die ausländische Steuer **höchstens** bis zu dem Betrag angerechnet werden, bis zu dem das Auslandsvermögen im Inland besteuert wird (§ 21 Abs. 1 Satz 1 ErbStG). Hierdurch soll verhindert werden, dass ein höheres ausländisches Steuerniveau vom deutschen Fiskus mitfinanziert wird[2].

256 Nach herrschender Meinung ist ein Abzug der im Ausland entrichteten Erbschaft- oder Schenkungsteuer von der **Bemessungsgrundlage** wegen des Abzugsverbots in § 10 Abs. 8 ErbStG ausgeschlossen[3]. Nach dieser Ansicht ist der Steuerpflichtige allein auf die Anrechnung nach § 21 ErbStG angewiesen. Eine vermittelnde Position lässt den Abzug aus Billigkeitsgründen (§§ 163, 227 AO) zu, wenn eine Anrechnung im Einzelfall ausscheiden würde[4].

4. Gestaltungshinweise

257 Aufgrund der Vielfalt der Problemstellungen im Verhältnis zu den einzelnen Staaten lassen sich naturgemäß Gestaltungshinweise nur in grob konturierter Form verallgemeinern. Dabei kann, wie stets bei der Nachlassplanung, nur der Rahmen des Denkbaren vorgegeben werden, im konkreten Einzelfall werden viele Gestaltungsmöglichkeiten von vorneherein aus Gründen **außerhalb** des Steuerrechts ausscheiden, insbesondere wegen des Vorrangs persönlicher und wirtschaftlicher Motive.

a) Wohnsitz und Staatsangehörigkeit

258 Der Wohnsitz der Beteiligten stellt in nahezu allen Staaten den zentralen Anknüpfungspunkt für die persönliche Steuerpflicht dar. Daraus folgt, dass im Fall des **Wegzugs** dieser Anknüpfungspunkt entfällt und in dem früheren Wohnsitzstaat in der Regel eine Besteuerung vermieden werden kann. Dies gilt grundsätzlich auch für das deutsche Recht, wenn sowohl der Erblasser (Schenker) als auch der potenzielle Erwerber wegziehen. Bei diesen Gestaltungen müssen außer den persönlichen und wirtschaftlichen Aspekten auch die ertragsteuerlichen Auswirkungen berücksichtigt werden, z.B. die Wegzugsbesteuerung nach § 6 AStG und der Verlust der Möglichkeit zur Einbringung zum Buchwert nach § 20 Abs. 3 UmwStG.

---

1 Auf Vorlage des BFH (v. 16.1.2008 – II R 45/05, DStR 2008, 448 = BStBl. II 2008, 623) hat der EuGH dies gebilligt (EuGH v. 12.2.2009 – V-67/08 DStR 2009, 326 = ZEV 2009, 203 m. Anm. Hamdau/Hamdau); hierzu *Hollwege*, ErbStB 2009, 252.

2 Berechnungsformel und Berechnungsbeispiel bei *Meincke*, § 21 ErbStG Rz. 22.

3 Hiergegen zu Recht *Meincke*, § 21 ErbStG Rz. 2.

4 *Troll/Gebel/Jülicher*, § 21 ErbStG Rz. 6.

Umgekehrt kann es im Einzelfall durchaus sinnvoll sein, dass ein Ausländer durch Begründung eines Wohnsitzes Inländer nach § 2 Abs. 1 Nr. 1a ErbStG wird. 259

➲ **Beratungssituation:** Dem im Ausland ansässigen A gehört ein Mietshaus in München, das er seinem Sohn, der ebenfalls im Ausland wohnt, schenken will.

Das Grundstück unterliegt der beschränkten Steuerpflicht nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG i.V.m. § 121 Nr. 2 BewG. Der **Freibetrag** des Sohnes beträgt in diesem Fall nur 2000 Euro (§ 16 Abs. 2 ErbStG). Nimmt der Sohn vor Ausführung der Schenkung aber eine Wohnung in Deutschland und begründet er so seine Inländereigenschaft nach § 2 Abs. 1 Nr. 1a ErbStG, wird er unbeschränkt steuerpflichtig und kann den vollen Freibetrag nach § 16 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG in Höhe von 400000 Euro in Anspruch nehmen.

Aufgrund der **erweitert** unbeschränkten Steuerpflicht nach § 2 Abs. 1 Nr. 1b ErbStG wird durch Aufgabe des inländischen Wohnsitzes die Steuerpflicht nicht mit sofortiger Wirkung beseitigt. Es findet für die Zeit von fünf Jahren nach dem Wegzug eine „nachlaufende" Besteuerung statt. Zur Abkürzung dieser Frist muss die deutsche Staatsangehörigkeit aufgegeben werden, was insbesondere bei Doppelstaatern in dem einen oder anderen Fall in Betracht kommen mag.

Zu beachten ist ferner, dass beim Wegzug in ein Niedrigsteuerland die **erweitert beschränkte Steuerpflicht** nach § 4 AStG für zehn Jahre weiterbesteht. Dies setzt voraus, dass der Wegzügler in den letzten zehn Jahren vor seiner Auswanderung als deutscher Staatsangehöriger mindestens fünf Jahre unbeschränkt steuerpflichtig war. Welche Staatsangehörigkeit der Wegzügler nach der Auswanderung hat, spielt keine Rolle, selbst eine Aufgabe der Staatsangehörigkeit hilft nicht[1]. 260

b) Vorweggenommene Erbfolge oder Erbfall

Das **Doppelbesteuerungsabkommen** mit der Schweiz gilt nur für den Erbfall. (Für die Schenkung von Betriebsvermögen ist es jedoch auf dem Verwaltungsweg für anwendbar erklärt worden.)[2] Im Verhältnis zur Schweiz ist der Vermögensübergang durch Erbfall daher oft steuergünstiger als die vorweggenommene Erbfolge. 261

Umgekehrt spricht für die vorweggenommene Erbfolge, dass sich hier der **Besteuerungszeitpunkt** und damit auch die Anknüpfung der persönlichen Steuerpflicht gestalten lässt.

➲ **Beratungssituation:** Eine schweizer Staatsangehörige beabsichtigt, einen Deutschen zu heiraten und in der Folge nach Deutschland zu ziehen. Aus

1 *Flick/Wassermeyer/Becker*, § 2 AStG Rz. 9.
2 BMF-Schreiben v. 7.4.1988, DB 1988, 938.

Anlass der Hochzeit möchten ihr ihre in der Schweiz ansässigen Eltern ein Mietshaus in Zürich schenken.

Die Schenkung sollte durchgeführt werden, bevor die Tochter ihren Wohnsitz in Deutschland genommen hat und damit der Steuerpflicht nach deutschem Erbschaftsteuerrecht unterliegt.

Da maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen der Voraussetzungen der Steuerpflicht der Zeitpunkt der Entstehung der Steuer ist (§ 9 ErbStG), besteht **testamentarisch** die Gestaltungsmöglichkeit, ein Vermächtnis unter einer aufschiebenden Bedingung zu verfügen. Auf diesem Weg hat der Vermächtnisnehmer die Möglichkeit, bis zum Eintritt der Bedingung und damit der Entstehung der Steuer (§ 9 Abs. 1 Nr. 1a ErbStG) auf die persönliche Steuerpflicht Einfluss zu nehmen[1].

c) Umwandlung von Vermögen

262 Eine Änderung der subjektiven Anknüpfungsmomente der Steuerpflicht, also des Wohnsitzes, des gewöhnlichen Aufenthalts und der Staatsangehörigkeit, kommt wegen des damit verbundenen Eingriffs in den persönlichen Lebensbereich des Betroffenen naturgemäß nur verhältnismäßig selten in Betracht. Wesentlich leichter fällt meist eine Änderung der **objektiven** Anknüpfungsmomente der Steuerpflicht. In Änderungen der Vermögensstruktur liegt daher ein Schwerpunkt der Gestaltungspraxis. Dabei lassen sich die folgenden Fallgruppen herausarbeiten:

aa) Vermeidung der beschränkten Steuerpflicht

263 Wenn die Beteiligten nur der beschränkten Steuerpflicht nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG unterliegen, lässt sich die beschränkte Steuerpflicht verhältnismäßig einfach vermeiden, indem der jeweilige Vermögensgegenstand in einen solchen **umgewandelt** wird, der nicht in den Katalog des § 121 BewG fällt. Dies muss nicht unbedingt in einen Verkauf münden, bspw. kann inländischer Grundbesitz gegen die deutsche Erbschaftsteuer abgeschottet werden, indem er in eine ausländische Kapitalgesellschaft eingebracht wird. (Die Einbringung in eine deutsche Kapitalgesellschaft hilft nicht, da es sich dann um Inlandsvermögen nach § 121 Nr. 4 BewG handeln würde.)

bb) Schaffung von Anrechnungsvoraussetzungen

264 Die Anrechnung ausländischer Steuern auf die deutsche Erbschaftsteuer ist nur möglich, wenn es sich um **Auslandsvermögen** im Sinne von § 21 Abs. 2 Nr. 1 ErbStG handelt. Diese Voraussetzung kann in manchen Fällen beeinflusst werden.

➲ **Beratungssituation:** Der Inländer U hat eine 9 %ige Beteiligung an einer ausländischen Kapitalgesellschaft, die sein Sohn erben soll. Aufgrund be-

1 *Geck*, ZEV 1995, 249.

schränkter Steuerpflicht am Ort der Gesellschaft ist mit einer ausländischen Steuer von 500 000 Euro zu rechnen.

Eine Anrechnung der ausländischen Steuer auf die deutsche Erbschaftsteuer ist nicht möglich, weil eine Beteiligungsquote von 9 % an der ausländischen Kapitalgesellschaft kein Auslandsvermögen im Sinne des § 21 Abs. 2 Nr. 1 ErbStG i.V.m. § 121 Nr. 4 BewG darstellt. Es kommt also zu ungemilderter Doppelbesteuerung. Dem kann vorgebeugt werden, indem der Unternehmer seine Auslandsbeteiligung in eine von ihm zu 100 % gehaltene ausländische Kapitalgesellschaft einbringt. Dies stellt Auslandsvermögen im Sinne von § 21 Abs. 2 Nr. 1 ErbStG i.V.m. § 121 Nr. 4 BewG dar, da die Beteiligung an der ausländischen Gesellschaft mindestens 10 % beträgt.

d) Schuldenzuordnung

265 Ein häufig bei der Nachfolgeplanung vernachlässigter Gesichtspunkt ist die **Abzugsfähigkeit** von Schulden. In manchen Rechtsordnungen können in Fällen der beschränkten Steuerpflicht für unbewegliches Vermögen Schulden gar nicht[1] oder nur mit dem Anteil abgezogen werden, der dem Verhältnis des Grundvermögens zum Gesamtvermögen entspricht (quotaler Schuldenabzug)[2]. Andere Steuerrechte hingegen, so auch das deutsche in § 10 Abs. 6 Satz 2 ErbStG, lassen den Abzug von Schulden nur insoweit zu, als die Schuld mit dem betreffenden Vermögensgegenstand in wirtschaftlichem Zusammenhang steht (kausaler Schuldenabzug). Diese Unterschiede können zugunsten des Steuerpflichtigen dazu führen, dass ein Teil der Schulden doppelt berücksichtigt wird, sie können aber auch umgekehrt zulasten des Steuerbürgers dazu führen, dass eine Schuld weder in der einen noch in der anderen Rechtsordnung abzugsfähig ist. Wenn sowohl Inlands- als auch Auslandsvermögen zum Nachlass gehören, lässt sich die Steuerbelastung daher durch die Art der Finanzierung steuern[3]. Gestaltungsziel ist es dabei, die Abzugsfähigkeit von Schulden in dem Land mit dem höheren Steuerniveau sicherzustellen[4].

5. ABC der einzelnen Staaten

Australien

266 Keine Erbschaftsteuer, jedoch eine Veräußerungsgewinnsteuer[5]. Diese **capital gains tax** greift bei Schenkungen, bei Erwerben von Todes wegen jedoch grundsätzlich erst bei Veräußerung durch den Erwerber. Unbeschränkte Steuerpflicht besteht bei Ansässigkeit von Schenker oder Erblasser in Australien, zudem besteht beschränkte Steuerpflicht für bestimmte Arten von Inlands-

1 So das Recht der belgischen Region Flandern, europarechtswidrig gemäß EuGH v. 11.9.2008 – C 11/07 Rs. *Eckelkamp*, ZEV 2009, 199 m. Anm. *Gottschalk*, S. 184.
2 Bspw. in diversen Kantonen der Schweiz, *Flick/Piltz*, Rz. 1819.
3 Zum Schuldenabzug bei internationalen Erbfällen *Piltz*, ZEV 1998, 461.
4 *Flick/Piltz*, Rz. 1315 mit Berechnungsbeispiel.
5 *Troll/Gebel/Jülicher*, § 21 ErbStG Rz. 92; *Flick/Piltz*, Rz. 1645.

vermögen, insbesondere Grundbesitz und Betriebsvermögen. Eine Anrechnung nach § 21 ErbStG ist nicht möglich[1].

Belgien

267 Erbanfallsteuer bei im Inland wohnhaften Erblassern für den gesamten Nachlass, bei im Ausland wohnhaften Erblassern Nachlasssteuer auf den in Belgien gelegenen unbeweglichen Nachlass. **Geringe Freibeträge** (bspw. Ehegatte 12 500 Euro im Erbfall) und **hohe Steuersätze** bis zu 80 %. Sonderregelungen für die Region Brüssel-Hauptstadt und für die flämische Region[2].

Bulgarien

268 Bulgarien erhebt Erbschaft- und Schenkungsteuer. Unbeschränkte Steuerpflicht besteht für Erwerber mit bulgarischer Staatsangehörigkeit, ansonsten besteht beschränkte Steuerpflicht für in Bulgarien belegenes Vermögen. Ehepartner und Verwandte in direkter Linie sind steuerbefreit, für Verwandte der Nebenlinie gilt ein Steuersatz von 0,7 %, für übrige Erwerber von 5 %[3].

Dänemark

269 Dänemark erhebt eine Nachlasssteuer für den Nachlass von Verstorbenen mit letztem Wohnsitz in Dänemark, ferner bei ausländischen Erblassern beschränkt auf Immobilien in Dänemark einschließlich unbeweglichen Betriebsstättenvermögens. Schenkungen werden als Teil des Einkommens des Beschenkten behandelt und unterliegen der Einkommensteuer. Die unbeschränkte Steuerpflicht besteht für Schenkungen, bei denen Schenker oder Beschenkter in Dänemark ansässig sind, andernfalls nur für den unentgeltlichen Übergang von in Dänemark gelegenen Grundstücken. Erbschaften und Schenkungen unter Ehegatten sind steuerfrei.

Mit der Bundesrepublik Deutschland wurde am 22.11.1995 ein sog. großes Abkommen für mehrere Steuerarten getroffen, das alle ab dem 1.1.1997 eintretenden Erbfälle bzw. Schenkungen erfasst[4]. Es folgt der **Anrechnungsmethode**. Das Abkommen sieht ferner einen sog. großen Auskunftsaustausch vor, wobei in bestimmten Fällen, z.B. bei Verdacht der Steuerverkürzung, auch Auskünfte ohne Aufforderung (Spontanauskünfte) vorgesehen sind (Art. 31 DBA).

Estland

270 Keine Erbschaft- oder Schenkungsteuer, die Erwerbe lösen auch keine Einkommensteuerpflicht aus.

---

1 BFH v. 26.4.1995 – II R 13/92, BStBl. 1995 II, 540 (zur kanadischen capital gains tax).
2 *Troll/Gebel/Jülicher*, § 21 EStG Rz. 93; *Flick/Piltz*, Rz. 1654 ff.
3 *Hubert/Hinz/Dimitrov*, IWB, F5G2 (2007), 47.
4 BStBl. 1996 I, 1219, hierzu *Krabbe*, ZEV 1997, 146; *Flick/Piltz*, Rz. 1416 ff.

Frankreich

271 Frankreich erhebt Erbschaft- und Schenkungsteuer. Unbeschränkte Steuerpflicht gilt bei Erblassern oder Schenkern mit steuerlichem Wohnsitz in Frankreich, ferner für Erwerber, die ihren steuerlichen Hauptwohnsitz während einer Spanne von sechs Jahren innerhalb der letzten zehn Jahre in Frankreich hatten. Beschränkte Steuerpflicht besteht für in Frankreich gelegene Vermögensgegenstände, dazu gehören insbesondere Grundstücke und bestimmte Gesellschaftsbeteiligungen sowie Guthaben bei französischen Banken. Eine ausländische Erbschaft- oder Schenkungsteuer ist anrechnungsfähig, soweit sie auf im Ausland belegene bewegliche oder unbewegliche Wirtschaftsgüter entfällt[1]. Das **Doppelbesteuerungsabkommen** mit Deutschland trat am 3.4.2009 in Kraft.

Die Bewertung erfolgt zum Verkehrswert, für das selbstgenutzte Wohnhaus gibt es einen Abschlag von 20 %, ebenso gibt es Abschläge bzw. Freibeträge für Lebensversicherungen und Unternehmensübertragungen.

Der Erwerb von Todes wegen ist zwischen Ehegatten und Partnern einer Lebenspartnerschaft (PACS) steuerfrei.

Der französische Gesetzgeber passt die Freibeträge der Erwerber und die Tarifgrenzen jährlich der Inflationsentwicklung an, seit 1.1.2009 gilt folgender Tarif[2]:

Wert des steuerpflichtigen Erwerbs in Euro	I	II	III	IV
bis 7922	5 %	35 %	55 %	60 %
darüber hinaus bis 11883	10 %	35 %	55 %	60 %
darüber hinaus bis 15636	15 %	35 %	55 %	60 %
darüber hinaus bis 23975	20 %	35 %	55 %	60 %
darüber hinaus bis 542036	20 %	45 %	55 %	60 %
darüber hinaus bis 886020	30 %	45 %	55 %	60 %
darüber hinaus bis 1772041	35 %	45 %	55 %	60 %
über 1772041	40 %	45 %	55 %	60 %

Unter die Steuerklasse I fallen der Ehegatte oder Partner einer Lebenspartnerschaft (beim Erwerb unter Lebenden, da der Erwerb von Todes wegen steuerbefreit ist) sowie der Erwerb durch Verwandte in direkter Linie, Steuerklasse II betrifft den Erwerb von Bruder oder Schwester oder einer Person, die an Stelle des vorverstorbenen Geschwisterteils gerückt ist, Steuerklasse III betrifft den Erwerb von Verwandten der Seitenlinie bis einschließlich zum 4. Grad, Steuerklasse IV betrifft die übrigen Erwerber.

1 *Bertels*, International erbschaftsteuerliche Entwicklungen in Frankreich, ZEV 1999, 476; *Hechler*, Die Besteuerung deutsch-französischer Erbfälle, 1998; neuester Stand *Troll/Gebel/Jülicher*, § 21 EStG, Rz. 100, *Wachter*, ZErb 2005, 66; *Klima*, ZEV 2005, 154.

2 *Gottschalk*, ZEV 2009, 185.

Die Freibeträge betragen seit 1.1.2009:

Freibetrag in Euro	**2009**
Eltern und Kinder	156357
Arbeitsunfähige	156357
Geschwister	15636
Nichten und Neffen	7818
Enkel	31271
Urenkel (Schenkung)	5212
Ehegatten und Lebenspartner (Schenkung)	79221
Freibetrag bei Schenkung an Abkömmlinge	31272
allgemeiner Freibetrag für Erben und Vermächtnisnehmer	1564

Griechenland

272 Unbeschränkte **Steuerpflicht** mit Ausnahme des ausländischen unbeweglichen Vermögens entsteht, wenn der Erblasser oder Schenker griechischer Staatsbürger war oder seinen Wohnsitz in Griechenland hatte. Ausgenommen ist bewegliches Auslandsvermögen von griechischen Staatsangehörigen, die im Zeitpunkt ihres Todes seit mehr als 10 Jahren im Ausland ansässig sind.

Beschränkte Steuerpflicht besteht für im Inland belegenen Grundbesitz und insbesondere auch für beim Tod des Erblassers in Griechenland befindliches bewegliches Vermögen. Das Abkommen mit Deutschland[1] regelt nur die Besteuerung des beweglichen Vermögens, die grundsätzlich dem Wohnsitzstaat zugeordnet wird.

Die Steuersätze liegen für Ehegatten und Kinder (nach Ansatz geringer Freibeträge) zwischen 5 und 20 %, für sonstige Erwerber erreichen sie bis zu 40 %[2]. Eine ausländische Erbschaft- oder Schenkungsteuer ist anrechnungsfähig, der Anrechnungshöchstbetrag bestimmt sich nach dem Anteil der griechischen Steuer, die auf das Auslandsvermögen entfällt.

Großbritannien

273 Großbritannien erhebt eine Steuer auf den **Nachlass** von Personen, die ihren Lebensmittelpunkt (domicile) im Vereinigten Königreich hatten. Fehlt es hieran, insbesondere bei ausländischem Wohnsitz, so wird nur das in Großbritannien belegene Vermögen, auch Kontenguthaben bei dortigen Banken, besteuert. Ergänzend unterliegen Vermögensübertragungen zu Lebzeiten der Schenkungsteuer, wenn der Schenker seinen Lebensmittelpunkt (domicile) in Großbritannien hat. Der Steuersatz beträgt 40 % für die Nachlasssteuer und 20 % für die Schenkungsteuer, vorab greifen jedoch umfangreiche Steuerbefreiungen, insbesondere für Betriebsvermögen, für die Vermögensübertragung zwischen Ehegatten (oder eingetragenen Lebenspartnern) und generell für ei-

1 BGBl. 1953 I, 377; hierzu *Troll/Gebel/Jülicher*, § 2 ErbStG Rz. 208.
2 Einzelheiten bei *Troll/Gebel/Jülicher*, § 21 ErbStG Rz. 101.

nen Betrag bis zu 312000 Pfund[1]. Für Erbfälle seit 9.10.2007 besteht bei Ehegatten sowie eingetragenen Lebenspartnern die Möglichkeit, den ungenutzten Anteil des Steuerfreibetrages des Verstorbenen beim zweiten Erbfall zu übertragen. Dadurch kann ein Ehepartner im zweiten Erbfall bis zu 624000 Pfund an seine Kinder oder andere Personen steuerfrei vererben. (Schenkungen können ergänzend als Kapitalgewinn der Einkommensbesteuerung nach dem Capital Gains Act 1989 unterliegen.)

Es besteht die Möglichkeit zur Anrechnung ausländischer Erbschaftsteuern[2].

Israel

hat die Erbschaftsteuer mit Wirkung ab 1.4.1981 abgeschafft. Das Doppelbesteuerungsabkommen mit Israel vom 28.5.1980 (BStBl. 1985 I, 99, 628) wurde daher in seiner Wirkung auf den Zeitraum bis 31.3.1981 begrenzt. 274

Italien

Italien hatte mit Wirkung ab 25.10.2001 die Erbschaft- und Schenkungsteuer abgeschafft. Für Erbfälle seit 3.10.2006 und für Schenkungen seit 1.1.2007 wurde sie dann wieder eingeführt[3]. Seitdem sind unentgeltliche Übertragungen von Todes wegen oder unter Lebenden **wieder steuerpflichtig**. Unbeschränkte Steuerpflicht besteht bei Ansässigkeit des Erblassers oder Schenkers, im Übrigen besteht beschränkte Steuerpflicht für Wirtschaftsgüter in Italien. 275

Die Bewertung findet im Wesentlichen zum Verkehrswert statt, mit Besonderheiten für inländische Immobilien.

Ehepartner und Verwandte in gerader Linie haben einen Freibetrag im Erbfall von jeweils 1 Mio. Euro, bei Schenkungen gilt dieser Freibetrag einmal für alle Schenkungen vom Zuwender. Für Geschwister gilt ein Freibetrag von 100000 Euro. Die Steuersätze sind moderat:

Ehepartner und Verwandte in gerader Linie 4 %

Verwandte bis zum 4. Grad, Verschwägerte in gerader Linie oder Verschwägerte in der Seitenlinie bis zum 3. Grad 6 %

sonstige Erwerber 8 %

Auf den Übergang von Immobilien entfällt zusätzlich eine Hypothekarsteuer von 2 % und eine Katastersteuer von 1 %.

---

1 Der Betrag gilt seit 6.4.2008, er ändert sich jährlich nach den Lebenshaltungskosten, hierzu und zu weiteren Einzelheiten *Troll/Gebel/Jülicher*, § 21 ErbStG Rz. 102 sowie *Flick/Piltz*, Rz. 1704 ff. und *Odersky*, ZEV 2005, 156; *Odersky*, ZEV 2006, 115.

2 *Albrecht*, Die Besteuerung deutsch-englischer Erbfälle, 1992; *Albrecht*, ZEV 1997, 482; zur Vererbung von Anteilen an einer englischen Limited *von Oertzen/Cornelius*, ZEV 2006, 106.

3 *Castelli/Lauda*, ZEV 2007, 218; *Conci/Psaier*, ZEV 2007, 420; *Reiß*, ZErb 2007, 145.

Die in Italien gezahlte Steuer ist in Deutschland nach § 21 ErbStG anrechenbar, wobei wegen des engen Auslandsvermögensbegriffes in § 21 Abs. 2 Nr. 1 ErbStG eine Anrechnungslücke vor allem bei Bankguthaben in Italien droht, da diese der beschränkten Steuerpflicht in Italien unterliegen.

Japan

276 Japan erhebt Erbschaft- und Schenkungsteuer[1]. Unbeschränkte Steuerpflicht besteht für Erben oder Beschenkte mit Domizil in Japan. Beschränkte Steuerpflicht für Inlandsvermögen. Steuersätze zwischen 10 und 70 % selbst für Ehegatten und Kinder.

Kanada

277 Keine Erbschaftsteuer, aber eine Kapitalgewinnsteuer (capital gains tax). Dieser Steuer unterliegt im Todesfall der Unterschiedsbetrag zwischen den ursprünglichen Anschaffungskosten und dem geschätzten Verkehrswert am Todestag. Dem Erbfall gleichgestellt ist die Schenkung, die als fiktive Veräußerung angesehen wird[2]. Entscheidender Anknüpfungspunkt ist die Ansässigkeit des Erblassers bzw. Schenkers, bei ausländischem Wohnsitz entsteht beschränkte Steuerpflicht für bestimmte in Kanada belegene Vermögensgegenstände, insbesondere Grundvermögen. Keine Anrechnung nach § 21 ErbStG[3].

Kroatien

278 Kroatien erhebt Erbschaft- und Schenkungsteuer auf in Kroatien belegenes Vermögen. Bemessungsgrundlage ist der Verkehrswert, die Steuer beträgt bis zu 5 %.

Lettland

279 Lettland erhebt keine Erbschaft- oder Schenkungsteuer.

Liechtenstein

280 Liechtenstein hat ein **kombiniertes System** von Nachlass-, Erbanfall- und Schenkungsteuer. Die unbeschränkte Steuerpflicht knüpft grundsätzlich an die Ansässigkeit des Erblassers bzw. Schenkers an. Die Steuersätze sind moderat, sie betragen bei der Nachlasssteuer in der Regel zwischen 1 und 5 %. Etwa in selber Höhe ist mit Erbanfall- und Schenkungsteuer zu rechnen[4].

---

1 *Jülicher*, ErbStB 2003, 326.
2 *Wilde*, Das kanadische System des Erbschaftsteuerrechts als Alternative, ZEV 1997, 488.
3 BFH v. 26.4.1995 – II R 13/92, BStBl. 1995 II, 540; krit. *Jülicher*, ZEV 1996, 295.
4 *Thiede*, Liechtenstein, Steuerreformpaket 2000, IStR 2000, Beihefter 15, S. 3; *Götzenberger*, DSWR 2005, 48.

Litauen

In Litauen erheben die Gemeinden Erbschaftsteuer. Unbeschränkte Steuerpflicht besteht für Ansässige, beschränkte Steuerpflicht für bestimmte inländische Wirtschaftsgüter. Der Ehepartner sowie Angehörige in gerader Linie sind steuerbefreit. Die Steuersätze betragen 5 bzw. 10 %. Schenkungsteuer gibt es nicht, dafür unterliegen aber Schenkungen der Einkommensteuerpflicht. Steuerbefreit sind Zuwendungen vom Ehepartner, von Kindern oder Eltern. Ebenso sind Schenkungen an Nichtansässige steuerfrei[1]. 281

Luxemburg

Luxemburg erhebt eine Erbschaftsteuer mit unbeschränkter Steuerpflicht, wenn der Erblasser seinen Wohnsitz in Luxemburg hatte. Ausgenommen sind im Ausland belegene Grundstücke. Ansonsten wird das in Luxemburg belegene unbewegliche Vermögen des Erblassers einer Nachlasssteuer unterworfen. Eine Schenkungsteuer existiert nicht, jedoch werden formbedürftige Schenkungen wie bspw. Grundstücksübertragungen einer Registersteuer unterworfen. 282

Ehegatten mit gemeinsamen Kindern oder deren Abkömmlinge sind erbschaftsteuerbefreit, ansonsten betragen die Steuersätze bei der Erbschaftsteuer zwischen 5 und 15 %, bei der Nachlasssteuer zwischen 2 und 15 % und bei der Registersteuer zwischen 1,8 und 14,4 %. Bei höheren steuerpflichtigen Erwerben (über 400 000 lfr.) fallen Zuschläge bis zum 2,2-fachen der berechneten Steuer an[2].

Malta

Auf Malta wurde die Erbschaft- und Schenkungsteuer am 25.11.1992 abgeschafft. Für den Übergang Immobilien und Gesellschaftsanteilen gibt es eine Stempelsteuer zwischen 2 und 5 %. 283

Mazedonien

Mazedonien erhebt Erbschaft- und Schenkungsteuer mit unbeschränkter Steuerpflicht bei Ansässigkeit des Erwerbers und mit beschränkter Steuerpflicht für Inlandsvermögen. Nahe Verwandte sind steuerbefreit, ansonsten gelten Steuersätze von 3 bzw. 5 %. 284

Mexiko

Mexiko hat keine Erbschaft- oder Schenkungsteuer. Unentgeltliche Übertragungen von Grundbesitz unterliegen aber der Grunderwerbsteuer von 2 %, Schenkungen unterliegen zudem bei Überschreiten bestimmter Grenzen der Einkommensteuerpflicht. 285

1 *Hubert/Hinz*, IWB F 5.5 G 2 (2007), 549.

2 Vgl. die Tabelle bei *Troll/Gebel/Jülicher*, § 21 ErbStG Rz. 115; *Wanke*, Die Besteuerung deutsch-luxemburgischer Erb- und Schenkungsfälle, 2001.

Monaco

286 Erbschaft- und Schenkungsteuer wird unabhängig vom Wohnsitz des Erblassers oder Schenkers nur auf das im **Inland** belegene Vermögen erhoben. Dabei ist der Erwerb von Ehegatten sowie ab- und aufsteigenden Verwandten in gerader Linie steuerbefreit. Ansonsten betragen die Steuersätze für Geschwister 8 %, für sonstige Erwerber zwischen 10 und 16 %. Vermögensübergänge über einen Trust werden jedoch lediglich mit einer Registersteuer von 1,3 bis 1,7 % erfasst[1].

Neuseeland

287 Seit 1.1.1993 gibt es keine Erbschaftsteuer mehr, es wird aber Schenkungsteuer (zwischen 5 und 25 %) erhoben. Unbeschränkte Steuerpflicht bei Ansässigkeit („domicile") des Schenkers in Neuseeland, beschränkte Steuerpflicht für die Schenkung von Inlandsvermögen. Diverse Steuerbefreiungen für Zuwendungen an den Ehegatten[2].

Niederlande

288 Unbeschränkte Steuerpflicht bei der Erbschaft- und Schenkungsteuer besteht für Erwerbe von in den Niederlanden wohnenden Erblassern bzw. Schenkern, erweiterte unbeschränkte Steuerpflicht besteht zehn Jahre lang für ausgewanderte niederländische Staatsangehörige. Des Weiteren existiert eine Vermögensübergangssteuer für den Übergang inländischer Vermögenswerte bei ausländischem Wohnsitz des Zuwendenden. Diese erfasst inländischen Grundbesitz, Vermögen, das zu einem inländischen Unternehmen gehört, sowie unter bestimmten Voraussetzungen Anteile an inländischen Unternehmen.

Bei der Erbschaftsteuer hat der Ehegatte und unter bestimmten Voraussetzungen auch der Lebensgefährte einen Freibetrag von 523 667 Euro, ein Kind über 23 Jahre hat einen Freibetrag von 10 150 Euro, höhere Freibeträge gibt es für jüngere und behinderte Kinder. (Die Freibeträge werden periodisch der Inflation angepasst.) Bei nur beschränkter Steuerpflicht (Vermögensübergangssteuer) gewährt das niederländische Recht bislang keine Freibeträge. Beim Erbfall deutscher Staatsangehöriger mit Wohnsitz in Deutschland und Immobilienvermögen in den Niederlanden führt dies zu einer starken Besteuerung, was der EuGH nunmehr jedoch als **europarechtswidrig** verworfen hat[3]. Ähnlich dem deutschen Recht sind die Erwerber in Steuerklassen eingeteilt, die Steuersätze reichen von 5 bis 68 %[4].

1 *Tillmanns/Doufier*, IWB F 5 G 2 (2001), 25.
2 *Rohde*, Die Besteuerung deutsch-neuseeländischer Erb- und Schenkungsfälle, 2001.
3 EuGH v. 11.9.2008 – C – 43/07 IStR 2008, 700, m.A. *Eule*, ZEV 2009, 187.
4 Näher *Baajens/Müller*, ErbStB 2005, 47; *Hoog*, Das niederländische Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht, 1996; *Lohuis*, ZEV 2002, 276; *van Maas de Bie*, in: Süß, Erbrecht in Europa, 2. Aufl. 2008, Rz. 107 ff.

Norwegen

289 Norwegen erhebt Erbschaft- und Schenkungsteuer mit unbeschränkter Steuerpflicht, wenn der Erblasser oder Schenker entweder in Norwegen ansässig ist oder die norwegische Staatsangehörigkeit besitzt. In letzterem Fall tritt die Besteuerung in Erbfällen zurück, wenn der norwegische Staatsangehörige im Ausland ansässig war und der Erwerb dort besteuert wird. Beschränkte Steuerpflicht besteht für inländisches Grund- und Betriebsvermögen. Freibeträge und Steuersätze werden jedes Jahr überarbeitet, die Steuersätze betragen zwischen 8 und 30 %[1].

Österreich

290 Österreich erhob bis 31.7.2008 eine Erbschaft- und Schenkungsteuer[2]. Deutschland nahm die Abschaffung der Steuer zum Anlass, das (wegen der Freistellungsmethode ohnehin missliebige) Doppelbesteuerungsabkommen v. 4.10.1954 bereits vorab zum 31.12.2007 zu kündigen[3]. In Österreich ist an die Stelle des ErbStG ein **Schenkungsmeldegesetz** getreten, das über seine Bezeichnung hinaus eine Eingangsbesteuerung von Stiftungen[4] vorsieht und die Grunderwerbsteuer (von 3,5 %) auf Zuwendungen unter Lebenden und Erwerbe von Todes wegen ausdehnt. (Fraglich ist, ob diese Grunderwerbsteuer nach § 21 ErbStG auf die deutsche Erbschaftsteuer angerechnet werden kann.) Zudem sieht das Schenkungsmeldegesetz vor, dass Schenkungen zwischen Angehörigen ab einer Grenze von 75 000 Euro im Jahr meldepflichtig sind, Schenkungen zwischen Nichtangehörigen ab einem Betrag von 15 000 Euro während eines Zeitraums von fünf Jahren. Diese Meldepflicht löst keine Steuer aus, die Finanzbehörden sollen lediglich die Erfüllung der ertragsteuerlichen Pflichten der Beteiligten leichter überwachen können[5].

Polen

291 Polen erhebt Erbschaft- und Schenkungsteuer. Besteuert wird der Übergang von Inlandsvermögen, bei Erwerbern mit Wohnsitz in Polen oder mit polnischer Staatsangehörigkeit zudem der Übergang von beweglichem Vermögen im Ausland. Ehepartner und Kinder sind steuerbefreit, im Übrigen gelten Steuersätze zwischen 3 und 20 %[6].

Portugal

292 Zum 1.1.2004 wurde die Erbschaft- und Schenkungsteuer **abgeschafft**. Stattdessen werden nach dem Territorialitätsprinzip unentgeltliche Übertragungs-

1 *Steinfeldt/Hoppe*, ZEV 2007, 428.
2 Zur Abschaffung der Steuer *Steiner*, ErbStB 2008, 60.
3 BStBl. I 2007, 821: für die Übergangszeit vom 1.1. bis 31.7.2008 wurde ein Abkommen unterzeichnet (BRDrs. 73/09).
4 Der Steuersatz beträgt 2,5 % (auch für gemeinnützige Stiftungen), er verzehnfacht sich auf 25 % bei bestimmten, intransparenten ausländischen Stiftungen.
5 *Steiner*, ErbStB 2008, 246.
6 *De Vries*, ZEV 2007, 222.

vorgänge von Vermögenswerten in Portugal einer Stempelsteuer von 10 % unterworfen. Hiervon befreit sind unentgeltliche Vermögensübergänge zwischen Verwandten in gerader Linie und zwischen Ehegatten. Die Anrechnung der Stempelsteuer nach § 21 ErbStG dürfte möglich sein[1].

Rumänien

293 Rumänien erhebt Erbschaftsteuer, aber keine Schenkungsteuer. Es gibt keine persönlichen Freibeträge, die Steuersätze betragen zwischen 0,5 und 3 %[2].

Russland

294 Die Erbschaft- und Schenkungsteuer wurde mit Wirkung zum 1.1.2006 abgeschafft. Schenkungen von Grundvermögen, Fahrzeugen und Anteilen unterliegen jedoch der Einkommensteuer, ausgenommen Schenkungen an enge Verwandte (Ehepartner, Eltern, Kinder, Großeltern, Enkel, Geschwister)[3].

Schweden

295 Schweden hat für Steuerfälle ab 1.1.2005 die Erbschaft- und Schenkungsteuer komplett **abgeschafft**[4].

Schweiz

296 Die Erbschaft- und Schenkungsteuer ist **kantonal** geregelt. Der Kanton Schwyz erhebt als Einziger weder eine Erbschaft- noch eine Schenkungsteuer. Der Kanton Luzern erhebt nur eine Erbschaftsteuer, ansonsten erheben die einzelnen Kantone eine Erbschaft- und Schenkungsteuer mit zahlreichen Sonderregelungen, oftmals werden Erwerbe von Ehegatten oder Abkömmlingen steuerfrei gestellt. Regelmäßig wird die unbeschränkte Steuerpflicht an den Wohnsitz des Erblassers bzw. Schenkers im jeweiligen Kanton angeknüpft, für unbewegliches Vermögen im Kanton besteht in der Regel eine beschränkte Steuerpflicht[5].

Auf dem Gebiet der Erbschaftsteuer besteht ein **Doppelbesteuerungsabkommen** mit Deutschland[6]. Der Wortlaut des Abkommens erfasst nur Erwerbe von Todes wegen, im Verwaltungsweg wurde seine Anwendung aber auch auf die Schenkung von Betriebsvermögen erstreckt[7]. Einer Doppelbesteuerung wird im Wesentlichen durch die Anrechnungsmethode begegnet (Art. 10

1 *Troll/Gebel/Jülicher*, § 21 ErbStG Rz. 123; *Huzel/Löber/Wollmann*, in Süß, Erbrecht in Europa, 2. Aufl. 2008, Rz. 194; s.a. *Wachter*, ErbStB 2004, 88.
2 *Hubert/Hinz*, IWB F 5 G 2 (2008), 21.
3 *Troll/Gebel/Jülicher*, § 21 ErbStG, Rz. 124.
4 *Bergsten/Hoppe*, ZEV 2005, 157.
5 Vergleichstabelle der Steuerbelastung bei *Troll/Gebel/Jülicher*, § 21 ErbStG Rz. 126; s.a. aktuelle Informationen unter www.estv.admin.ch sowie *Schindhelm/Hindersmann*, ErbStB 2003, 263 und ZEV 2003, 491.
6 BGBl. 1980 II, 594; hierzu *Stein*, ErbStB 2003, 295; *Gelhaar*, ZErb 2003, 344.
7 BMF-Schreiben v. 7.4.1988, DB 1988, 938.

Abs. 1b DBA). Für Wegzügler hat sich die Bundesrepublik Deutschland in Art. 4 Abs. 4 DBA unter bestimmten Voraussetzungen ein nachhängendes Besteuerungsrecht für die Zeit bis zu sechs Jahren nach Verlegung des Wohnsitzes in die Schweiz vorbehalten[1]. Ein Informationsaustausch auf Verlangen gemäß üblicher Verwaltungspraxis ist in Art. 13 Abs. 1 DBA vorgesehen (sog. kleiner Auskunftsaustausch).

Slowakische Republik

Die Erbschaft- und Schenkungsteuer wurde mit Wirkung zum 1.1.2004 abgeschafft[2]. 297

Slowenien

Slowenien erhebt Erbschaft- und Schenkungsteuer mit Sätzen zwischen 5 und 30 %[3]. 298

Die unbeschränkte Steuerpflicht knüpft an den Wohnsitz des Erwerbers an. Zivilrechtliche Erben der ersten Ordnung sind steuerbefreit[4].

Spanien

Spanien erhebt Erbschaft- und Schenkungsteuer. Die Steuer ist durch ein landeseinheitliches spanisches Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz zwar im Grundsatz geregelt, doch haben die **autonomen Regionen** eine eigene Gesetzgebungskompetenz für Freibeträge, Steuertarife und Multiplikationskoeffizienten. Hiervon haben Gebrauch gemacht: Balearische Inseln, Andalusien, Katalonien, Valencia, Baskenland, Navarra, Madrid, Rioja, Santander. In der Regel ist die Erbschaftsteuer dort gegenüber dem allgemeinen spanischen Recht stark vergünstigt. Diese Vergünstigungen treten aber nur ein, wenn sowohl der Steuerpflichtige als auch der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben[5]. 299

Die unbeschränkte persönliche Steuerpflicht knüpft an den **Wohnsitz des Erwerbers** an, der Wohnsitz des Erblassers oder Schenkers ist grundsätzlich bedeutungslos (mit Ausnahmen in den Regionen Baskenland, Navarra und Katalonien)[6]. (Wohnsitz in diesem Sinn ist – anders als im deutschen Recht – nicht der bloße Nebenwohnsitz, sondern es muss sich um den steuerlichen Hauptwohnsitz handeln, was in der Regel eine Ansässigkeit von 183 Tagen im Kalenderjahr erfordert.) Im Übrigen besteht beschränkte Steuerpflicht für in Spanien belegene Vermögenswerte, dazu gehören neben Grundbesitz auch bewegliche Vermögenswerte in Spanien, insbesondere Geldanlagen bei Banken, auch bei Filialen ausländischer Banken.

1 Hierzu *Flick/Piltz*, Rz. 1526 und *Troll/Gebel/Jülicher*, § 2 ErbStG Rz. 229 ff.
2 *Süß*, in Süß, Erbrecht in Europa, 2. Aufl. 2008, Rz. 4.
3 *Hubert/Hinz/Janežič*, IWB F 5 G 2 (2007), 23.
4 *Süß*, in Süß Erbrecht in Europa, 2. Aufl. 2008, Rz. 25.
5 *Löber/Hutzel*, in Süß, Erbrecht in Europa, 2. Aufl. 2008, Rz. 189.
6 Hierzu *Hollwege*, ErbStB 2006, 282; ZEV 2007, 223.

Das **System** der spanischen Erbschaft- und Schenkungsteuer besteht aus einer Kombination von Steuersätzen, Freibeträgen und Multiplikationskoeffizienten. Es ist daher außerordentlich kompliziert[1]. Im Ergebnis hängt die Steuerbelastung ab von Verwandtschaftsgrad, Alter des Erwerbers, Vorvermögen des Erwerbers und einer eventuellen Behinderung des Erwerbers.

Bewertungsmaßstab ist der Verkehrswert, für Grundvermögen in Spanien wird jedoch meist der für Vermögensteuerzwecke festgestellte Katasterwert akzeptiert. Vergünstigungen gelten für das selbstgenutzte Wohnhaus beim Übergang von Todes wegen unter anderem für Ehegatten und Abkömmlinge bis zu einem Höchstbetrag von 120 202,42 Euro (Balearen 180 000 Euro). Diese Vergünstigungen können jedoch nicht für ein Ferienhaus in Anspruch genommen werden[2].

Neben die Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer tritt bei Grundstücken die für jeden Veräußerungsfall geltende kommunale Wertzuwachssteuer („Plus-Valia")[3].

Mit Deutschland existiert kein Doppelbesteuerungsabkommen. Eine Anrechnung der in Spanien gezahlten Steuern ist daher nur unter den engen Voraussetzungen des § 21 ErbStG möglich. Dabei ist fraglich, ob die „Plus-Valia" anrechnungsfähig ist[4].

Aus dem Vorstehenden ergeben sich zwei Gestaltungsüberlegungen:

- Personen, die ihren Alterswohnsitz in Spanien nehmen, sollten nicht mehr Vermögen als nötig nach Spanien transferieren, da ansonsten insbesondere Bankguthaben einerseits der beschränkten Erbschaftsteuerpflicht in Spanien unterliegen, anderseits die dort gezahlte Erbschaftsteuer nicht auf die in Deutschland für den hier unbeschränkt steuerpflichtigen Erwerber anfallende Erbschaftsteuer angerechneten werden kann (s. Rz. 255).
- Erben, insbesondere Kinder von „Altersauswanderern" sollten selbst einen Wohnsitz in Spanien vermeiden, um keine unbeschränkte Steuerpflicht auszulösen[5].

---

1 Hierzu *Gebel*, Erbschaftsteuer bei deutsch-spanischen Nachlässen, 1999; *Reckhorn-Hengemühle*, ZEV 2005, 160.

2 *Troll/Gebel/Jülicher*, § 21 ErbStG Rz. 130.

3 *Jülicher*, ZErb 2000, 139 (142).

4 *Jülicher*, ZErb 2000, 139 (143), der zugleich darauf hinweist, dass sich die „Plus-Valia" allerdings meist nicht auswirkt, da aufgrund des regelmäßig höheren spanischen Steuerniveaus der Anrechnungshöchstbetrag des § 21 Abs. 1 ErbStG in der Regel ohnehin überschritten wird.

5 Eingehend *Pfaar*, Spanischer Immobilienbesitz von Deutschen – steuerliche Gestaltungsüberlegungen, IWB, Fach 5 Gruppe 2 (2000) S. 263; *Gebel*, Der Immobilienerwerb in Spanien und seine erbschaftsteuerlichen Folgen, RIW 1998, 210; *Wachter*, Gestaltungsüberlegungen zur steueroptimalen Übertragung von Immobilien in Spanien, ZEV 2003, 137; s.a. *Börner*, ZEV 2004, 368; *Hellwege*, ErbStG 2003, 194; 2004, 157, 253; *Piske*, ZEV 2003, 495; ZErb 2004, 214.

Südafrika

300 Südafrika erhebt eine Nachlasssteuer auf den ungeteilten Nachlass; bei letztem Wohnsitz des Erblassers in Südafrika besteht unbeschränkte Steuerpflicht, beschränkte Steuerpflicht besteht für unbewegliches und bewegliches Vermögen, das in Südafrika belegen ist[1]. Für Schenkungen von Gebietsansässigen wird eine eigene Schenkungsteuer erhoben.

Steuerbefreit ist der Erwerb des Ehegatten, sowohl bei der Nachlasssteuer als auch bei der Schenkungsteuer.

Für die Nachlasssteuer gilt ein einheitlicher Steuersatz von 20 %. Daneben greift eine Wertzuwachssteuer sowohl bei Tod als auch bei Schenkung, da der Vermögensübergang dann als fiktive Veräußerung gewertet wird. Bemessungsgrundlage sind zwischen 25 und 50 % des übergegangenen Werts, woraus sich bei Steuersätzen zwischen 0 und 40 % eine effektive Steuerbelastung zwischen 0 und 20 % ergibt.

Tschechien

301 Tschechien erhebt Erbschaft- und Schenkungsteuer. Für die Steuerpflicht kommt es wesentlich auf die Belegenheit an. Immobilien in Tschechien unterliegen stets der Steuerpflicht, solche außerhalb hingegen nie. Für bewegliches Vermögen wird nach Staatsangehörigkeit und Ansässigkeit der Beteiligten differenziert. Verwandte in gerader Linie und der Ehegatte sind im Erbfall – nicht bei Schenkungen – steuerbefreit[2]. Die Steuersätze betragen bis zu 40 %[3].

Türkei

302 Die Türkei erhebt Erbschaft- und Schenkungsteuer. Die unbeschränkte Steuerpflicht knüpft an die türkische Staatsangehörigkeit des Erblassers oder Schenkers an, außer der Erwerber ist ein nicht gebietsansässiger Ausländer. Ist der Erwerber türkischer Staatsangehöriger, führt dies zur unbeschränkten Steuerpficht, wenn der Übertragende in der Türkei gebietsansässig ist. Für sämtliches in der Türkei belegenes Vermögen besteht beschränkte Steuerpflicht.

Die (regelmäßig der Inflation angepassten) persönlichen **Freibeträge** belaufen sich im Erbfall bei Ehegatten auf 192 265 YTL, wenn keine Nachkommen vorhanden sind, ansonsten auf 96 075 YTL bei Vorhandensein von Abkömmlingen. Letzterer Freibetrag gilt auch für die Kinder. Die Steuersätze betragen bei Erbschaft zwischen 1 und 10 %, bei Schenkung zwischen 10 und 30 %, für Schenkungen an Eltern und Kinder aber nur zwischen 5 und 15 %[4].

1 Zum deutsch-südafrikanischen Erbfall *Jülicher*, ZEV 1999, 466; *Deininger/Pohlmann*, ZErb 2004, 276.
2 Näher *Rombach*, in: Süß, Erbrecht in Europa, 2004 Rz. 105 ff.
3 *Hubert/Hinz/Vorlicková*, IWB F 5 G 2 (2007), 63.
4 *Kesen*, ZEV 2003, 152 u. ZEV 2005, 161; *Nomer*, Türkische Steuerreform, IStR 1999, 625; *Troll/Gebel/Jülicher*, § 21 ErbStG Rz. 134.

Ungarn

303 Ungarn erhebt Erbschaft- und Schenkungsteuer stets, wenn es sich um Vermögen in Ungarn handelt, nie hingegen bei Auslandsimmobilien. Ansonsten unterliegt bewegliches Auslandsvermögen der Steuerpflicht, wenn es von einem ungarischen Staatsangehörigen oder Gebietsansässigen erworben wird und im Belegenheitsland keine Steuer erhoben wird. Es gelten geringe Freibeträge, die Steuersätze für Kinder und Ehegatten liegen zwischen 11 und 21 % (begünstigt für den Erwerb von Wohnungseigentum zwischen 2,5 und 11 %)[1].

USA[2]

304 Die USA erheben eine Nachlasssteuer mit einem Höchstsatz von derzeit (2009) 45 %. Für das Jahr 2010 bestimmt das Gesetz, dass keine Nachlasssteuer erhoben wird; wird bis zum Jahr 2011 keine neue gesetzliche Regelung geschaffen, so sieht das US-Steuerreformgesetz von 2001 vor, dass die Steuer auf dem Niveau des Jahres 2001 wieder auflebt (Spitzensteuersatz 55 %). Neben der Nachlasssteuer wird Schenkungsteuer erhoben. Unbeschränkte Steuerpflicht besteht, wenn Erblasser und Schenker ein Staatsangehöriger oder Gebietsansässiger (Green Card) der USA ist. Einer beschränkten Steuerpflicht unterliegen Grundbesitz und bewegliche körperliche Gegenstände. Neben der Bundeserbschaftsteuer erheben die einzelnen Staaten eigene Erbschaft- und Schenkungsteuern, die allerdings meist anrechenbar sind.

Vermögensübertragungen an gebietsansässige Ehegatten mit US-Staatsangehörigkeit sind steuerfrei, in anderen Fällen erwirbt der Ehegatte nur steuerfrei, wenn das Vermögen auf einen „Qualified Domestic Trust" übertragen wird. Das Doppelbesteuerungsabkommen mit Deutschland[3] gilt für Nachlässe und Schenkungen. Zur Vermeidung der Doppelbesteuerung folgt es der **Anrechnungsmethode** (Art. 11 DBA). Art. 14 DBA sieht einen sog. großen Informationsaustausch vor. Ein begrenzter Ehegattenfreibetrag von derzeit 2 Mio. $ wurde durch das Revisionsprotokoll zum Doppelbesteuerungsabkommen eingeführt[4]. Der Freibetrag für die Nachlasssteuer beträgt generell 3,5 Mio. $, bei der Schenkungsteuer beträgt der Freibetrag 1 Mio. $.

Zypern

305 Die Steuer wurde mit Wirkung zum 1.4.1997 abgeschafft.

---

1 *Toth*, in Süß, Erbrecht in Europa, 2. Aufl. 2008, Rz. 160 ff.; *Hubert/Hinz/Juhász*, IWB F 5 G 2 (2007), 117.

2 *Bödecker/Lieber*, ZEV 1999, 477; *Eimermann*, ZEV 2000, 496; *Hundt*, IStR 2002, 80, 830; *Jülicher*, ZErb 2003, 34, *von Oertzen/Cornelius*, ErbStB 2004, 356; *Rose/Jülicher*, ZEV 2003, 486; *Stein/Brix*, ErbStB 2003, 198, 218; *Werz/Schubert*, ErbStB 2006, 348; *Wilms*, UVR 2001, 345, 385.

3 BStBl. 1982 I, 765.

4 BStBl. 2001 I, 110.